

DROITS DES PORTEURS DE PARTS DE FONDATEUR SUR LES BÉNÉFICES SOCIAUX

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Le Jeudi 7 Décembre 1939, à 14 heures

PAR

Elisabeth GAULTIER

MEMBRES DU JURY :

Président : M. Maurice PICARD, Professeur

Suffragants : { M. Jean PERCEROU } Professeurs
 { M. René CASSIN }

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU & C^e, Editeurs

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1939

THÈSE
POUR LE DOCTORAT EN DROIT

DROITS DES PORTEURS DE PARTS DE FONDATEUR SUR LES BÉNÉFICES SOCIAUX

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Le Jeudi 7 Décembre 1939, à 14 heures

PAR

Elisabeth GAULTIER

MEMBRES DU JURY :

Président : M. Maurice PICARD, Professeur

Suffragants : { M. Jean PERCEROU } Professeurs
 { M. René CASSIN }

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU & C^e, Editeurs

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1939

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

Actuellement ce sont les sociétés anonymes qui ont presque totalement en mains le grand commerce et la grande industrie, de sorte qu'il est, pour ainsi dire impossible, dans la vie journalière, de faire une opération juridique sans entrer en rapport avec l'une d'entre elles.

Ces sociétés tentent, sans cesse, d'étendre leur rayon d'action et c'est dans ce but qu'elles groupent des capitaux considérables drainés non seulement dans la nation toute entière, mais aussi au-delà des frontières. Elles font appel à l'épargne et au travail des masses et, en rémunération, elles leur remettent des titres de nature et de valeur différentes : ces titres sont les actions et les parts de fondateur ou parts bénéficiaires (1).

Les parts de fondateur n'ont fait qu'une apparition tardive dans les sociétés commerciales. Par rapport aux actions, ce sont même des titres de création relativement récente.

(1) Dans le langage commercial, on emploie indifféremment l'une ou l'autre de ces deux expressions, bien qu'étymologiquement elles aient chacune un sens propre. Par parts de fondateur, il faut entendre les parts remises aux fondateurs de la société en rémunération de leur concours. Par parts bénéficiaires, il faut, au contraire, entendre toutes les parts, au sens large, quelle que soit la cause ou l'époque de leur attribution, en tant qu'elles confèrent le droit de percevoir un tantième des bénéfices.

Les parts de fondateur furent imaginées en 1858 par M. Ferdinand de Lesseps pour rémunérer certains services rendus à la Compagnie ayant entrepris le percement et l'exploitation du Canal de Suez. Ces titres nouveaux furent distribués en contre-partie d'aides financières ou de services rendus, inappréciables pécuniairement, et, par suite, difficilement rémunérables soit en monnaie, soit au moyen d'actions d'apport. Les principaux bénéficiaires de cette innovation furent le Khédive et les fondateurs de la Compagnie.

Ces titres furent accueillis avec une très grande faveur par le public ; ils montèrent très rapidement en bourse. D'ailleurs, devant cet engouement manifesté à leur égard, ils ne cessèrent de se développer. Le désastre de la Compagnie Interocéanique de Panama, laquelle avait également émis des parts de fondateur, n'arrêta pas leur essor comme on avait pu le redouter tout d'abord. Au contraire, ces titres ne cessèrent pas de prendre une importance toujours croissante, et cela en raison des avantages indéniables qu'ils offraient par rapport aux actions.

L'un de ces premiers avantages consistait dans le fait que les parts de fondateur ne comportaient aucun versement de numéraires risquant de grever lourdement le budget social.

En second lieu, ces titres permettaient alors de rémunérer les apports en nature sans que la vérification de la valeur de ces apports soit exigée (1).

Enfin — et c'est ce dernier avantage qui a contribué au développement des parts — jusqu'en 1927 ces titres purent

(1) Cette vérification a d'ailleurs été exigée depuis par la loi de 1929 relative aux apports en nature.

être négociés librement et immédiatement, alors qu'une loi du 1^{er} août 1893 avait décrété l'innégociabilité des actions pendant les deux années consécutives à leur création (1).

Or, fatalement, en raison de cet ensemble d'avantages qui les caractérisaient, ces titres ne tardèrent pas à être détournés de leur rôle initial — rémunération des fondateurs — pour être utilisés à des fins variées et multiples, car, ainsi que le fait remarquer avec justes raisons M. Rault « l'allocation de parts de fondateur présente l'avantage incontestable de diminuer d'autant les frais de constitution de la société » (2).

Mais, à ce développement toujours croissant des parts de fondateur, les actionnaires ne tardèrent pas à se montrer hostiles, et c'est par tous les moyens qu'ils tentèrent d'entraver leur développement et surtout de réduire, au cours de la vie sociale, l'étendue de leurs droits.

En effet, le droit primordial et essentiel de ces titres porte sur une quote part des bénéfices réalisés par l'entreprise. Quelle est l'étendue exacte de ce droit ? C'est ce que nous nous proposons de déterminer dans les développements qui vont suivre et sur lesquels nous ne voulons pas anticiper ici.

Mais ce simple point dégagé — droit aux bénéfices — suffit à faire comprendre que les rapports entre les actionnaires et les porteurs de parts soient la source de difficultés innombrables et délicates.

En effet, si lors de la constitution de la société, l'émission de parts de fondateur semble une opération avanta-

(1) Les parts de fondateur sont soumises à cette même innégociabilité biennale depuis une loi budgétaire du 31 mars 1927.

(2) RAULT, *Traité théorique et pratique des Parts de Fondateur*, p. 2.

geuse et même utile dans certaines circonstances, par contre, au fur et à mesure que la société se développe et devient prospère, la présence de ces titres ne tarde pas à se révéler gênante. Les actionnaires, très vite, deviennent jaloux de ces titres qui profitent de l'accroissement des bénéfices sociaux, sans subir aucun risque en contre-partie, et comme les porteurs de ces titres n'ont aucun accès dans les assemblées, ils tentent, par tous les moyens dont ils disposent, de diminuer l'étendue de leurs droits ou bien même, quand cela leur est possible, de les supprimer purement et simplement.

C'est cette incompatibilité d'intérêts qui est la cause inévitable du conflit latent qu'on rencontre dans toutes les sociétés possédant des parts de fondateur, entre les deux groupes d'ayants droit aux bénéfices, les actionnaires et les porteurs de parts. « Entre ces deux sortes d'intérêts le conflit est inévitable, il est de la nature même des choses », écrit M. Percerou (1).

Et c'est l'étude de ce conflit qui va faire l'objet de ce travail.

Voici quelles sont les principales causes du conflit.

Face à face s'affrontent deux groupes d'individus ayant, en principe, des intérêts divergents et surtout ayant mutuellement tendance à se croire brimés par l'autre.

C'est ainsi que les actionnaires estiment que la présence des parts, qui viennent au partage des bénéfices, sans aucun apport en contre-partie, leur cause un préjudice sérieux. Aussi cherchent-ils, de tout leur pouvoir, comme nous l'avons déjà dit ci-dessus, soit à diminuer l'importance de leur participation bénéficiaire, soit même à les suppri-

(1) PERCEROU, note au D. H. 1902.2.7.

mer dès que la chose est possible. Le jour où ils ont atteint ce but, ils augmentent d'autant leurs dividendes personnels. Mais si cette opération est avantageuse pour eux, au contraire elle est tout à fait néfaste pour les porteurs de parts qui, de leur côté, se méfient toujours des manœuvres des actionnaires, redoutant les délibérations de leurs assemblées spécialement dirigées à l'encontre de leurs droits. Ils sont entièrement à la merci des actionnaires car ils n'interviennent jamais dans la gestion sociale. Sans doute une loi relativement récente — la loi du 23 janvier 1929 — leur a-t-elle reconnu le droit d'envoyer des représentants aux assemblées, mais ceux-ci n'ont, en aucun cas, le droit d'intervenir dans les débats, car leur intervention entraînerait la nullité des délibérations. Ces représentants n'ont, en réalité, qu'un droit d'assistance qui leur permet de se rendre compte de la marche des affaires et de la gestion sociale : le rôle de ces représentants est réduit à un simple droit de contrôle.

Dans cette même loi, le législateur a obligé les porteurs de parts à se grouper en une masse dont l'assemblée peut prendre à la majorité des décisions opposables à tous. Mais si, dans cette dernière mesure, on a voulu voir une mesure de protection en faveur des parts de fondateur, pour notre part nous estimons que c'est une erreur. Il semble que par cette mesure, le législateur ait surtout cherché à protéger la société : en effet, avant cette loi, l'assemblée des actionnaires se heurtait sans cesse, dès qu'elle tentait de prendre une mesure, si faible fût-elle, qui touchait à l'étendue du droit des parts, au principe de l'immutabilité des conventions et elle était alors obligée, pour arriver à ses fins, d'obtenir le consentement unanime de tous les porteurs de parts : C'était, pour la société, une source de difficultés

sans fin. La jurisprudence intervenait, sans doute, palliant aux inconvénients d'un tel système, mais c'était là la cause principale de procès fréquents entre les deux groupes d'intéressés.

En fait, cette loi, sur laquelle on avait fondé de grandes espérances, n'a pas mis fin au conflit entre actionnaires et porteurs de parts comme on l'avait escompté : elle a simplement transporté ce conflit sur un autre plan. En réalité, en consacrant le principe majoritaire, le législateur n'a pas suffisamment sauvegardé l'indépendance du groupement, et, surtout, son erreur la plus grave a été de maintenir l'accès de ces assemblées de porteurs de parts aux actionnaires eux-mêmes propriétaires de parts bénéficiaires, ce qui permet de suspecter la neutralité des décisions qui en émanent.

Les porteurs de parts de la minorité ne sont-ils pas en droit, dans ce cas, d'intenter un recours contre ces décisions d'une neutralité douteuse ? Ou bien doivent-ils s'incliner en toutes circonstances devant l'avis émis par la majorité, comme cette loi semble le laisser entendre dans son article 7, alinéa 2 ?

C'est l'ensemble de ces questions qui va faire l'objet des développements ultérieurs.

Au cours de cette étude, après avoir rappelé, dans une partie préliminaire, quelques principes d'ordre général, nous tenterons, dans une première partie, de déterminer l'étendue des droits respectifs des actionnaires et des porteurs de part sur les bénéfices annuels, puis, dans une deuxième partie, nous essayerons de dégager leurs droits respectifs sur les réserves, les primes d'émission et les boni de liquidation.

TITRE PRÉLIMINAIRE

Principes généraux

CHAPITRE PREMIER

HISTORIQUE

Alors qu'en matière de sociétés commerciales la législation, à partir de la loi du 24 juillet 1867, devint de plus en plus prolix, c'est avec étonnement qu'on constate qu'il faut attendre 1929 pour trouver une loi réglementant les parts bénéficiaires.

Ces titres, avons-nous vu dans l'introduction, avaient fait leur apparition en 1858 : dès leur création ils connurent un grand succès et se développèrent d'autant plus rapidement qu'ils furent utilisés à des fins innombrables. Pourquoi, alors, cette abstention sur le terrain législatif ?

On s'attendait à les voir mentionnés dans la loi de 1867. Or cette loi était muette à leur sujet ; elle ne faisait absolument aucune allusion aux parts de fondateur.

Comment interpréter cette attitude du législateur à l'égard de ces titres ?

Cette attitude, qui pouvait peut-être se justifier en 1867, par la suite devint tout à fait inexplicable. En effet, en

1867, pour de nombreuses raisons, le législateur se méfiait de ces titres de création toute récente et qui n'avaient pas encore fait leur preuve. D'autre part l'engouement du public constituait une seconde cause de méfiance et aussi de prudence, car, sur ce terrain, les revirements de l'opinion publique sont toujours à craindre. De toute évidence, c'est pour tous ces motifs que le législateur évita de consacrer officiellement ces titres en y faisant allusion dans un texte légal.

Création de la pratique, il estima plus sage d'abandonner à la pratique le soin de déterminer les droits respectifs de chacun dans la société. Sur ce terrain, comme sur beaucoup d'autres, le législateur laissait une absolue liberté aux conventions des parties, pensant que cette liberté trouverait un frein suffisant dans l'observation des règles du droit commun en matière de convention.

Mais, avec le développement ininterrompu des parts de fondateur et de leur succès toujours croissant, des difficultés de plus en plus nombreuses et délicates vinrent compliquer la situation. En effet, alors que les porteurs de parts entendaient exercer strictement tous les droits qui leur étaient reconnus, les actionnaires, au contraire, avaient tendance à porter atteinte à ces droits en les restreignant sans cesse à leur profit personnel. Ni les uns, ni les autres ne voulaient entendre parler de concessions. Ils étaient constamment sur le pied de guerre.

Devant cet état de choses, les pouvoirs publics commencèrent à s'alarmer et, en 1875, ils chargèrent une commission extra-parlementaire d'élaborer le statut légal des parts de fondateur, mais ce projet n'aboutit pas et le *statu quo* antérieur fut maintenu.

Les abus, loin de cesser, se multiplièrent, creusant de

plus en plus profondément le fossé qui séparait les deux adversaires. La jurisprudence, tiraillée entre les deux parties, tentait de pallier aux inconvénients du système, mais sans beaucoup de succès. C'est ainsi que, dans des cas nombreux, elle n'hésita pas à valider les décisions de l'assemblée générale des actionnaires portant ouvertement atteinte aux droits des porteurs de parts, sous le prétexte que les clauses des statuts ne doivent pas nuire à l'intérêt social en restreignant l'exercice légitime des droits des actionnaires.

Dans d'autres cas, au contraire, pénétrée de l'utilité des parts de fondateur et de l'importance des services qu'elles sont susceptibles de rendre, elle n'hésita pas à faire droit aux revendications de leurs propriétaires en déclarant que les actionnaires n'ont aucunement le pouvoir de violer les statuts en portant impunément atteinte aux prérogatives et aux droits reconnus aux parts bénéficiaires.

Ce flottement dans la jurisprudence, et par suite cette incertitude, loin d'aplanir les difficultés et d'arranger les choses, risquaient de nuire à la société en envenimant les rapports des uns et des autres.

C'est pourquoi un deuxième projet fut élaboré en 1903, au moment où les parts de fondateur, après une légère éclipse, prirent un nouvel essor à la suite de la loi de 1893, loi qui prohibait la négociation des actions d'apport durant deux années consécutives à leur création. Mais ce nouveau projet resta encore caduc. Il fut repris en 1914, mais la guerre l'empêcha d'aboutir. Ce n'est qu'en 1923 qu'il fut définitivement repris pour aboutir à la loi de 1929.

Si jusqu'alors on avait pu suspecter la légalité des parts de fondateur, à partir de 1929 cette légalité ne fait plus aucun doute. Cette loi constitue le statut légal des parts bénéficiaires. Elle essaye de mettre un frein aux abus deve-

nus excessifs et aux conflits judiciaires qui en étaient la conséquence inévitable.

Elle contient deux sortes de dispositions : 1° des dispositions relatives à la condition des parts de fondateur et 2° une réglementation très minutieuse des groupements de porteurs de parts, groupements que cette loi consacre sous le nom de *masse*.

Au fond cette loi de 1929 n'est guère autre chose qu'une condensation des usages et de la jurisprudence antérieure. Les porteurs de parts qui avaient fondé de grands espoirs dans cette loi furent rapidement déçus. En réalité, elle ne répondait pas à ce qu'ils en attendaient, car, plutôt qu'elle n'édicte une protection des parts, cette loi sacrifie souvent leurs intérêts à ceux de la société.

C'est d'ailleurs avec une très grande sévérité que cette loi a été jugée par la plupart des juristes, tant au cours des travaux préparatoires, qu'au lendemain de sa promulgation.

C'est en des termes très virulents que M. Wahl exprima son opinion. « Le plus bel exemple, écrit-il, d'une institution créée soi-disant pour protéger les droits des contractants et, en réalité, pour les détruire, est fourni par la loi du 23 janvier 1929 » et, plus loin, il ajoute, insistant encore sur ce caractère spoliateur de la loi « Les titres (c'est-à-dire les parts de fondateur) avaient été émis sur la foi d'un contrat passé avec la société et qui empêchait que les intérêts d'un seul des porteurs de parts fussent sacrifiés par la majorité des porteurs, le contrat est par un injustifiable mépris des conventions, détruit par le législateur... C'est un nouveau coup de force dirigé contre les porteurs de parts » (1).

(1) WAHL, *Studi... Vivante*, 1931, t. II, pp. 350 et 357.

Nous aurons l'occasion de revenir sur ces caractères de la loi et sur son opportunité, c'est pourquoi nous ne nous y attarderons pas dans ce chapitre.

Enfin, depuis 1929, et toujours dans l'intérêt social, un décret-loi du 30 octobre 1935, relatif aux formalités de publicité des sociétés, a modifié certains articles de la loi du 24 juillet 1867, soumettant les parts bénéficiaires à certaines formalités de publicité et de déclaration au registre du commerce, formalités auxquelles elles échappaient jusqu'alors.

Voici les quelques rares textes légaux relatifs aux parts de fondateur. C'est à l'aide de ces textes et surtout de la jurisprudence antérieure à la loi de 1929 que nous allons essayer de dégager la nature et l'étendue des droits attachés à la possession de ces titres.

CHAPITRE II

DEFINITION ET NATURE JURIDIQUE DE LA PART DE FONDATEUR

Dans la loi de 1929, le premier soin du législateur a été de donner une définition de la part de fondateur : « Ces titres, énonce l'article 1^{er}, alinéa 2 de la loi, qui sont en dehors du capital social, ne confèrent pas à leurs propriétaires la qualité d'associés : mais il peut leur être attribué, à titre de créance éventuelle contre la société, un droit fixe ou proportionnel dans les bénéfices sociaux ».

Le législateur, en prenant ainsi nettement parti, assimilant le porteur de parts à un créancier, a voulu mettre fin à une controverse qui depuis plus de cinquante ans divisait les opinions au sujet de la nature juridique des parts de fondateur.

Nous abordons, ici, une des questions les plus délicates et les plus débattues du sujet, question qui a donné lieu à d'interminables discussions dès la création et le développement de ces titres.

Mais, en réalité, le législateur n'a pas atteint le but visé ; car, en fait, ce texte impératif n'a pas mis fin aux discussions, il les a plutôt ranimées, de nombreux auteurs ne se résolvant pas à l'accepter, estimant qu'une telle définition est trop rigide et en contradiction avec certaines autres dispositions de la loi elle-même.

Nous n'avons pas l'intention de recommencer ici tout le procès de cette controverse. Mais nous la rappellerons en quelques lignes, en raison de l'intérêt qu'elle présente pour pouvoir déterminer les droits respectifs de l'actionnaire et du porteur de parts sur les bénéfices sociaux ; car ce n'est que lorsqu'on aura fixé nettement la nature juridique de ces titres que l'on pourra essayer de dégager l'étendue de leurs droits dans la société.

Avant la loi de 1929, la doctrine et la jurisprudence se divisaient en trois grands courants au sujet de cette détermination de la nature juridique des parts de fondateur.

Pour les uns, la part de fondateur était une action ; pour d'autres, elle était un droit d'associé ; d'autres, enfin, y voyaient un droit de créance. C'est ce dernier système qu'a consacré la loi.

Nous allons passer rapidement en revue chacun de ces systèmes. Mais, comme nous aurons l'occasion de le constater, aucun n'étant pleinement satisfaisant, malgré le texte légal, nous tenterons, à notre tour, en analysant les critiques qui y ont été faites par quelques auteurs, de voir si la part de fondateur ne peut être assimilée à autre chose qu'à un droit de créance. Pour cela nous nous attacherons aux droits que la loi reconnaît à ces titres, ou bien aux obligations qu'elle leur impose : droits et obligations qui ne correspondent ni aux droits, ni aux obligations d'un simple créancier ordinaire.

1°. — *Système assimilant la part à une action*

Les partisans de ce système, parmi lesquels MM. Lyon-Caen, Thaller, Renault, tiraient leurs arguments de ces deux faits *participation aux bénéfices* et *libre cessibilité* à

des tiers, deux caractères essentiels de l'action. Ils reconnaissent cependant, que ces titres ne donnaient droit ni à l'actif social, ni à l'accès aux assemblées générales, droits également essentiels de l'action ; mais ils ne s'arrêtaient pas à cette difficulté, car, constataient-ils, d'une part beaucoup d'actionnaires, n'ayant pas un nombre minimum d'actions fixé par les statuts sont privés du droit d'assister aux assemblées générales (1), et d'autre part les actions de jouissance, comme les parts de fondateur, n'ont droit sur le fonds social qu'après l'extinction du passif et le remboursement de toutes les actions.

Nous ne nous arrêtons pas à cette première théorie, d'abord parce que la loi, avec raison, n'y fait aucune allusion, et ensuite parce qu'il y a un droit auquel les porteurs de parts ne peuvent certainement pas prétendre, c'est le droit sur le capital social, et, c'est sur ce point sans aucun doute, que réside la différence essentielle entre l'action et la part de fondateur.

2°. — *Système assimilant la part à un droit d'associé*

Ce système fut surtout élaboré et soutenu par MM. Houpin et Bosvieux.

Pour ces auteurs, la part de fondateur diffère totalement de l'action, car elle n'a aucune valeur nominale, et d'autre part elle n'entre pas dans la composition du capital social. De même, elle ne peut être assimilée à un droit de

(1) Cet argument n'a plus aucune valeur depuis un décret-loi du 30 octobre 1935 qui déclare que chaque action donne droit à une voix, au moins, dans les assemblées d'actionnaires, sans préjudice des limitations du nombre de voix dont peut disposer un membre de l'assemblée, prévues par les articles 27 et 31 de la loi du 24 juillet 1867.

créance, car le propre du droit de créance est de créer au profit du titulaire un droit de préférence sur le capital social. Or, non seulement les porteurs de parts ne viennent pas en concours avec les créanciers sociaux, mais bien plus, lors de la liquidation de la société, les actionnaires leur sont préférés.

Les porteurs de parts ne peuvent prétendre exercer un droit quelconque sur l'actif social, qu'après le remboursement intégral à tous les actionnaires d'une somme égale à la valeur nominale des actions.

Pour ces auteurs, les porteurs de parts sont des associés de deuxième zone ayant droit à une part des bénéfices et éventuellement à une part de l'actif social lors de la liquidation.

Certaines décisions jurisprudentielles se sont ralliées à cette opinion et nous pouvons notamment citer en ce sens un jugement du tribunal civil de la Seine du 13 mars 1926 (1) : « Attendu, déclare ce jugement, que l'attribution de parts bénéficiaires a ainsi pour origine soit un apport rentrant dans la formation du capital social, soit un service rendu à la société ; que la contre-partie de cet apport consiste uniquement en des droits sociaux soumis aux risques de l'entreprise ; qu'il apparaît que les porteurs de parts de la Maison Rey ont, dans cette société, des droits d'associés. Attendu que cette considération que les statuts interdisent aux porteurs de parts de la Maison Rey toute immixtion dans les affaires sociales est sans influence sur la nature juridique de leurs droits, qu'il est aisé de concevoir un associé qui ne participe pas au gouvernement de l'entreprise ; qu'aussi bien les statuts de certaines sociétés inter-

(1) *J. des S.* 1926, p. 436.

disaient le droit d'assister aux assemblées générales ou d'être nommés administrateurs aux actionnaires ne possédant pas un nombre déterminé d'actions, que cette interdiction ne modifie en rien la nature de leur droit...

« Attendu qu'ainsi qu'il vient d'être exposé, les porteurs de parts bénéficiaires de la Maison Rey ne sont pas des étrangers vis-à-vis de la société commerciale Maison Rey, mais les bénéficiaires éventuels des opérations commerciales, des associés tirant leurs droits du pacte social lui-même. »

Cette décision est très nette et ne laisse aucune place à l'équivoque. Après avoir déterminé la situation des porteurs de parts dans la société et défini leurs droits, le Tribunal de la Seine conclut que ceux-ci ne peuvent être assimilés qu'à des associés tirant « leurs droits du pacte social lui-même. »

3°. — *Système assimilant la part à une créance*

Mais une semblable jurisprudence était exceptionnelle. La jurisprudence la plus constante semblait se rallier, au contraire, au dernier système d'après lequel les parts confèrent à leurs propriétaires le droit de participer dans une certaine mesure aux bénéfices réalisés par la société, d'où les parts de fondateur ne constituent que de simples créances.

M. Wahl, principal partisan de cette théorie, écrivait dans une note sous un arrêt du 16 juillet 1898 (1) : « Il est juridiquement impossible qu'un droit sur une société ou contre une société ne soit pas un droit d'associé ou un

(1) WAHL, note au S. 1898.1.89.

droit de créancier : ou le propriétaire de la part de fondateur participe à la propriété de l'action sociale, il a un *jus in re*, un droit dans la chose, et c'est un associé ; ou il est titulaire d'un droit contre la société, il a un *jus ad rem*, un droit de créance, et c'est un créancier. »

Les partisans de cette théorie invoquaient à son appui deux arguments : ils prétendaient que les porteurs de parts ne peuvent jamais être assimilés à des associés car : 1° il n'y a pas de contrat de société à l'égard des porteurs de parts, ceux-ci n'ont pas d'*affectio societatis* ; 2° les porteurs de parts ne remplissent pas les conditions exigées de tout associé par la loi aux termes des articles 1832 et suivants du Code civil, à savoir satisfaire à la condition de constitution d'un apport et contribuer aux pertes.

A notre avis, ces arguments sont loin d'être décisifs.

En effet, si nous prenons le premier point, nous constatons que c'est commettre une très grave erreur que de refuser tout *affectio societatis* aux porteurs de parts, car, sans aucun doute, ceux-ci ont un intérêt étroitement lié à celui de la société et, à notre point de vue, c'est un système également très dangereux que celui qui consiste à les assimiler, purement et simplement, à des créanciers ordinaires.

D'autre part, le jour où les porteurs de parts, forts de leur qualité, voudront défendre coûte que coûte leurs intérêts personnels que pourra-t-on leur répondre ? Pourra-t-on leur opposer l'intérêt social ? Non, sans doute puisqu'ils ne sont que des créanciers. C'est au fond une solution illogique et qui risque, au surplus, de devenir dangereuse.

Si maintenant nous prenons le deuxième point, concernant la question des apports et la contribution aux pertes,

là encore nous relevons le vice des arguments invoqués par les partisans du système « droit de créance ».

Ceux-ci appuyaient leur thèse sur le fait que les porteurs de parts ne satisfont point aux conditions exigées par les articles 1832 et suivants du Code civil. Or, que dit l'article 1832 ? « Chaque associé doit y apporter ou de l'argent ou d'autres biens ou son industrie ». Est-ce que les porteurs de parts ne se soumettent pas dans une certaine mesure aux exigences de ce texte ? La part de fondateur, le plus souvent, n'est-elle pas remise au porteur en contrepartie d'un apport quelconque quel qu'il soit ? Quant à la contribution aux pertes, il semble bien aussi que les porteurs de parts n'en sont pas totalement exemptés. Sans doute n'y participent-ils pas dans la même mesure que les actionnaires puisqu'ils n'ont fait aucun apport en espèces, mais malgré tout, ils subissent les contre-coups de tous les événements qui atteignent la société.

Enfin, les partisans de cette théorie invoquaient encore en sa faveur un dernier argument qui est également loin d'être convaincant. Ils se targuaient du silence de la loi de 1867 relativement aux parts pour affirmer que le législateur manifestait ainsi nettement son intention de laisser les parts hors de la société puisqu'il n'y faisait aucune allusion dans une loi spécialement consacrée aux sociétés. Nous avons dit ci-dessus (V. *supra* p. 12) comment il fallait interpréter ce silence de la loi et quelles en étaient les raisons.

Et pourtant, malgré tous les inconvénients de cette théorie, c'est à ce dernier système que s'est ralliée la loi de 1929.

Le législateur, dans son désir de précision, s'est laissé prendre aux mots. Il a « piqué au hasard des mots », selon

une expression chère à M. Ripert, et il s'est arrêté à cette théorie du droit de créance sans pousser beaucoup plus loin l'analyse. Il ne s'est pas rendu compte qu'en assimilant le porteur de part à un créancier, il s'attachait à l'un des droits des parts de fondateur, l'essentiel, certes, mais non pas le seul exclusivement.

Les auteurs, hostiles à cette solution, se sont violemment élevés contre elle. En effet, disent-ils, pourquoi par analogie, ne soutiendrait-on pas que les actionnaires, eux aussi, ne sont que de simples créanciers sociaux (1) ? N'ont-ils pas, tout comme les porteurs de parts, du jour où le dividende est voté, un droit de créance sur ce dividende ? On ferait, alors, abstraction de tous les autres droits attachés à l'action. C'est en réalité ce que font les partisans de la théorie du « droit de créance » en matière de parts de fondateur, ils n'envisagent qu'un côté des avantages attachés aux parts, évidemment le plus important de tous, le droit aux bénéfices, et ils font totalement abstraction de tous les autres, tels le droit d'assistance, avec voix consultative aux assemblées générales d'actionnaires, ou bien encore le droit de participer à la distribution des réserves au jour de la liquidation de l'actif social.

C'est pourquoi, si quelques auteurs furent satisfaits de cette définition légale de la part de fondateur, d'autres, au contraire, l'accueillirent avec regret et, même, réprobation : d'une part ils n'étaient pas d'accord avec la loi qui assimilait, semble-t-il, formellement les parts à des créances, et d'autre part, ils regrettaient vivement cette défini-

(1) Voire, en ce sens, M WAHL, *Précis théorique et pratique de droit commercial*, n° 632 : « L'action, ce n'est pas un droit de propriété... c'est un droit contre la société, un droit de créance. »

tion rigide limitant dangereusement la liberté des tribunaux. M. Marin, dans un article paru au lendemain de la promulgation de la loi, écrivait : « La loi paraît s'être mise en contradiction avec elle-même, car après avoir formellement refusé la qualité d'associé aux porteurs de parts, elle leur reconnaît dans la suite du texte des prérogatives d'associé et non point de créancier ordinaire » (1).

Les adversaires de la thèse « droit de créance » se sont efforcés par tous moyens à établir que le législateur, dans l'article premier de la loi, a employé un terme inexact dépassant sa pensée et qu'il récuse par la suite. C'est ainsi qu'ils font remarquer très justement qu'il est accordé aux porteurs de parts un « droit fixe ou proportionnel dans les bénéfices sociaux à titre de créance éventuelle contre la Société » et que ce droit à titre de créance éventuelle ne suffit pas pour assimiler le porteur de parts à un créancier pur et simple.

Sans aucun doute, c'est un fait, les prérogatives des porteurs de parts dépassent celles d'un créancier ordinaire. Elles ne sont pas cantonnées en un simple droit éventuel à une fraction des bénéfices sociaux, tout le monde est d'accord sur ce point. La loi leur reconnaît des droits importants autres que ceux qu'elle reconnaît à un simple créancier. C'est ainsi, avons-nous dit, que la loi leur reconnaît le droit d'assister avec voix consultative aux assemblées d'actionnaires, sans évidemment leur permettre de collaborer réellement à la gestion des affaires sociales : ici elle leur reconnaît donc une sorte de droit de contrôle absolument incompatible avec la qualité de simple créancier social qui, lui, n'a jamais le droit de s'immiscer dans

(1) MARIN, *Annales de droit commercial* 1929, p. 289.

l'administration du patrimoine de son débiteur, du moins tant que ce dernier est fidèle à ses engagements.

Donc, à ce point de vue, la situation du porteur de parts est de beaucoup préférable à celle du créancier social et il est certain que s'il est dénommé légalement *créancier social* il nous apparaît comme un créancier d'une nature singulière et dont la situation n'est pas facile à préciser minutieusement. C'est pourquoi, si l'on interprète strictement le texte légal, on risque de se trouver en présence de difficultés inextricables ; c'est un point que M. Cordonnier fait ressortir dans un article qu'il fit paraître peu de temps après la promulgation de la loi : « C'est surtout en droit fiscal, fait remarquer cet auteur, que l'on serait tenté de regretter la définition de la part bénéficiaire donnée par la loi nouvelle. Si les parts bénéficiaires ont la nature d'un droit de créance, la transmission de biens à une société moyennant attribution de parts continuera-t-elle désormais à être considérée — ce que l'Administration admettait jusqu'alors — comme ayant le caractère d'un apport soumis au droit proportionnel réduit de 3 %, ne sera-t-il pas logique de traiter cette transmission comme une vente et par conséquent de percevoir le droit de mutation à titre onéreux beaucoup plus lourd ? D'autre part, quand le prix est aléatoire, l'administration perçoit le droit sur une somme à évaluer par les parties et le recouvrement de sommes supplémentaires donne lieu à une perception nouvelle. Si les parts incorporent un droit de créance, ne seront-elles pas exposées à subir les effets de cette règle qui dans l'espèce serait prohibitive » (1).

M. Cordonnier dégage très nettement les inconvénients

(1) CORDONNIER, *J. des S.* 1929, pp. 257 et suiv.

d'une telle définition, inconvénients que le législateur n'avait certainement pas mesurés quand il a rédigé l'article 1^{er} de la loi.

Quant à M. Rault, il regrette que les parts de fondateur aient été assimilées par le législateur à des créances, car, pour lui elles « constituent une catégorie juridique à part exorbitante de la division bipartite des droits en droits réels et en droits de créance ». Et poursuivant cette idée, M. Rault continue : « Les auteurs reconnaissent généralement qu'il est en droit privé un certain nombre d'institutions qu'il est impossible de faire entrer dans la classification bipartite traditionnelle : tels sont le droit de l'actionnaire, de l'officier ministériel sur son office, le droit dit de propriété littéraire, industrielle ou artistique. Il convient de remarquer que ces droits-là sont de création relativement récente... C'est pourquoi, le droit très spécial reconnu aux porteurs de parts figurerait en dehors de la classification classique bipartite, à côté du droit de l'actionnaire, de l'inventeur ou de l'officier ministériel. » (1).

Donc, dans ce passage, M. Rault exprime en termes précis son opinion. Pour cet auteur, les parts de fondateur étant de création récente n'ont pu être réglementées par les civilistes lors de la rédaction des codes, elles ne peuvent rentrer dans aucune catégorie existante, elles forment sans aucun doute une catégorie spéciale ayant des règles propres et c'est une erreur de la part des auteurs ou de la loi que de vouloir à tout prix les faire rentrer soit dans une catégorie, soit dans une autre. M. Rault se rallie ici à une théorie analogue à celles des contrats innomés.

M. Hamel avait déjà émis une opinion identique dans

(1) RAULT, *op. cit.*, p. 38.

un article publié lors de la reprise du projet de loi par MM. Chastenet-Coignet. Cet auteur, dans son article, critiquait alors très fermement la définition prévue dans ce projet de loi et il concluait en ces termes : « Après tout, dans notre régime de contrats innomés, à quoi bon les efforts qui veulent à tout prix ranger certains contrats dans des catégories préétablies » (1). En un mot, les parts de fondateur seraient donc des titres d'une nature spéciale.

Les arguments de ces deux auteurs semblent réellement séduisants et convaincants et pourtant les rédacteurs de la loi invoquent à l'appui de leur thèse « droit de créance » un argument déroutant.

Ils consacrent la jurisprudence la plus constante laquelle, c'est un fait certain, assimile le droit des parts à un droit de créance ; mais, là encore, l'argument n'est pas valable ; nous irons même jusqu'à le retourner contre la thèse « droit de créance ». Sans doute, la jurisprudence emploie l'expression « créance », mais elle l'emploie dans un sens imagé se rapprochant de la thèse de MM. Hamel et Rault, thèse favorable au droit d'associé *sui generis*, titres d'une nature particulière. Prenons un exemple : Le Tribunal de Commerce de Lyon, dans un jugement de juillet 1910, précisait que les parts bénéficiaires ne sauraient être considérées comme des créances dans le sens ordinaire du mot, « elles constituent une créance d'une nature particulière donnant exclusivement droit à une part dans les bénéfices sociaux disponibles, s'il en existe » (2).

(1) HAMEL, *Annales de droit commercial* 1924, p. 173.

(2) Voir *J. des S.* 1918, p. 311 ou *S.* 1917.1.36. Voir aussi, en ce sens, un jugement du Tribunal civil de la Seine du 13 juin 1927, *D. H.* 1927, p. 394 : « Attendu qu'il y a lieu de préciser que la part de fondateur que plusieurs auteurs ont assimilée à un droit de créance, mais qui est

Le Tribunal de Lyon employait bien le mot créance, mais il spécifiait immédiatement « créance d'une nature particulière » et, pour la singulariser, il ajoutait sur quels droits portait cette créance : droits tout à fait différents de ceux d'un créancier ordinaire, droit à une participation aux bénéfices, droit également à une part dans les bénéfices sociaux disponibles, s'il en existe, soit en fin d'exercice, soit à la liquidation de la société. La Cour de Cassation, dans un arrêt de la Chambre civile de juin 1927, approuvait le jugement du Tribunal de Commerce de Lyon.

De tout ce qui précède, on peut conclure que le législateur, dans un réel désir de mettre fin à une controverse célèbre mais déjà ancienne — la jurisprudence s'étant nettement prononcée — n'a réussi qu'à la raviver. La controverse est sans doute tranchée dans les mots, mais la définition de la part de fondateur, telle qu'elle résulte de l'article 1^{er} de la loi de 1929 ne met pas fin aux difficultés comme on aurait pu l'espérer.

Le législateur n'a pas mesuré la portée des termes qu'il employait ; dans un désir très sincère de conciliation il a abouti à une définition inacceptable.

Cette définition, certes, était séduisante, aussi le législateur n'en a pas poussé plus loin l'analyse. Et, cependant, il n'en est pas moins regrettable qu'il ait introduit dans la loi une formule qui risque dans l'avenir, avec une évolution nouvelle des idées et des besoins, de dénaturer totalement les droits des parts, ranimant le conflit toujours latent entre

plutôt un droit *sui generis* de participation aux bénéfices non prévu par la loi, mais non prohibé par elle, trouve dans les statuts qui la créent son pacte social. »

les actionnaires et les porteurs de parts. La contradiction insérée dans le texte même de la loi, en favorisant largement toutes sortes d'abus, faciliterait une tendance, déjà très sensible, à dénaturer les droits des parts pour les réduire le plus possible.

Actuellement, la jurisprudence, interprétant strictement la loi, n'emploie plus dans ses décisions que les expressions « droit de créance », « créancier » (1) mais en leur donnant sans aucun doute le sens qu'elle donnait autrefois à l'expression « créance d'une nature particulière ».

Donc, depuis 1929, le mot créancier aurait en droit commercial, deux sens bien différents. D'une part, il servirait à désigner les créanciers au sens ordinaire du mot, c'est-à-dire tout individu qui aurait un droit de préférence sur le patrimoine de son débiteur, mais sans aucune participation à la gestion sociale et sans *affectio societatis*. D'autre part, il servirait au contraire, à désigner dans sa seconde acception, les associés d'une nature particulière n'ayant aucun droit dans le capital social, mais ayant par contre un droit de contrôle sur la gestion sociale, et auxquels on peut, à tout instant, opposer l'intérêt social.

En définitive, on ne peut s'empêcher de constater que, quoiqu'il en soit, cette position de la loi est dangereuse : d'une part, elle risque d'induire en erreur et d'entraîner, même ceux qui sont de bonne foi, à en abuser. D'autre part, dans certains cas, elle peut faciliter les agissements des actionnaires ou des administrateurs de mauvaise foi, qui, s'appuyant sur elle, en profiteraient pour spolier

(1) Voir, en ce sens, un arrêt de la Cour de Paris du 10 décembre 1937, *Rev. Spéc. des Soc.* 1938, p. 248 : « Attendu, dit-il, que subsistent tous les droits des porteurs de parts, créanciers sociaux. »

légalement les porteurs de parts de leurs droits ou pour se débarrasser de ces titres.

Enfin, dernière raison qui milite à l'encontre de ce texte, c'est qu'il peut servir de base à des abus de la part des porteurs de parts le jour où ils voudront faire prévaloir leurs intérêts à l'encontre de ceux de la société. « Nous sommes des créanciers sociaux, diront-ils, nous exigeons le respect de tous nos droits, peu nous importe l'avenir de la société ».

Actuellement, sans doute, ce texte légal ne présente pas un danger immédiat, mais c'est à l'avenir qu'il faut songer sur un terrain surtout aussi mouvant que celui du droit commercial. A ce propos, avant même le vote de la loi, M. Hamel déclarait : « Si la loi veut laisser aux tribunaux le soin d'adapter aux besoins de la pratique les situations respectives des porteurs de parts et des actionnaires, il est très grave qu'elle vienne prendre parti dans une controverse juridique dont la solution limitera nécessairement la liberté de la jurisprudence, il est plus grave encore que cette loi prenne parti d'une manière qui, affirmant et soulignant les droits des porteurs de parts, tend à accentuer et à développer les dangers que ces parts font courir aux sociétés anonymes » (1).

C'était là, semble-t-il, la solution la plus raisonnable. Aussi on ne peut s'empêcher de regretter qu'en matière de parts de fondateur le législateur n'ait pas observé la même prudence qu'à l'égard des actions.

En effet, jusqu'à maintenant, le législateur s'est sagement refusé à donner une définition de l'action, estimant qu'il n'y a rien de plus dangereux que ces définitions com-

(1) HAMEL, *Annales de dr. com.* 1924, p. 195.

partimentant les gens et les choses dans des cases étroites, sous des étiquettes risquant d'entraver leur développement. C'est pourquoi le législateur a laissé sur le terrain de l'action le champ libre à l'initiative des parties et à l'interprétation des juges.

On se demande pourquoi le législateur n'a pas observé la même réserve au sujet des parts de fondateur !

CHAPITRE III

NOTION DE BÉNÉFICE

C'est la poursuite de bénéfices, c'est-à-dire un but lucratif, qui distingue la société de l'association se formant entre personnes ne poursuivant aucun gain pécuniaire ; c'est pourquoi, tandis que les statuts d'une société comportent en général une répartition des bénéfices, au contraire jamais les statuts d'une association ne font allusion à une répartition quelconque de bénéfices.

Donc, tout groupement, se proposant, par la mise en commun d'un capital, de réaliser des bénéfices et de les partager entre ses membres, est une société ; au contraire, tout groupement poursuivant un autre but, même qualifié société parce qu'ayant revêtu la forme extérieure d'une société commerciale, est une association.

Nous voyons donc tout de suite l'importance que revêt cette notion de bénéfice, puisque c'est elle qui sert à déterminer dans quel cas on se trouve en présence ou non d'une société.

Mais à côté de ce premier intérêt, la détermination exacte de la notion de bénéfice présente un second intérêt, non moins important pour la question que nous étudions ici, intérêt qui consiste à délimiter la part exacte des porteurs de parts et des actionnaires dans les bénéfices réali-

sés par la société. Nous voyons donc qu'avant tout, il s'agit de fixer exactement ce qu'il faut entendre par bénéfice, car, au fond, quoique vulgairement commune, cette notion est assez fuyante et peu précise, et c'est justement, du fait même de cette imprécision que résultent le plus souvent les difficultés qui opposent les actionnaires et les porteurs de parts.

Nous allons donc, dans ce chapitre, tenter d'analyser exactement ce qu'il faut entendre par bénéfice.

L'expression bénéfice évoque tout de suite l'idée d'un profit, d'un gain. Le bénéfice c'est la différence entre le prix d'achat et le prix de vente. C'est dans ce sens vulgaire, commun, que l'on utilise ce mot quand on parle des bénéfices du commerçant.

Pour le public, le commerçant réalise un bénéfice quand il revend ses produits plus cher qu'il ne les a achetés, tous frais généraux (dépenses d'exploitation et intérêts des capitaux engagés) ayant été préalablement déduits. Il est en perte, au contraire, quand il revend moins cher ou bien quand il revend au prix d'achat ou même plus cher, mais qu'en définitive, on constate, après déduction des frais généraux, que le prix de revient dépasse le prix de vente. Comme le dit M. Blanchenay « Le bénéfice peut être grossièrement défini la marge réalisée entre le prix de vente et le prix d'achat d'un produit » (1).

Mais, si telle est la notion commune du bénéfice, elle revêt un tout autre sens en droit commercial, quand on parle des bénéfices d'une société.

Il y a bénéfice au sens large, quand la société s'est enri-

(1) BLANCHENAY, thèse, Paris, 1935, *Le compte des pertes et profits et la répartition des bénéfices dans la société*.

chie dans le cours complet de son existence, entre la date de sa constitution et celle de sa dissolution.

Supposons une société constituée pour 99 ans. Ce n'est qu'à l'expiration de cette durée de 99 ans que l'on pourra parler des bénéfices ou des pertes réalisés par elle.

Au début, cette société, comme toute société nouvelle, traverse une période très dure, c'est la période de formation ; puis, par la suite, grâce à un développement progressif les années de prospérité compensent les années d'adversité, mais, plus tard, des événements imprévus, tel qu'un bouleversement politique ou social, modifient le cours des choses et la société, à nouveau, se retrouve dans une situation critique. En effet, aucune autre forme de l'activité humaine n'est aussi sujette aux fluctuations que les sociétés commerciales et surtout les sociétés par actions ; c'est pourquoi on ne peut réellement parler de bénéfices sociaux qu'à la fin de la vie sociale, lors de la dissolution de la société, car c'est seulement à cette époque qu'on peut avoir une connaissance exacte de la situation sociale en mettant en balance les années de prospérité et les années d'adversité pour voir de quel côté penche le plateau : côté de l'actif ou côté du passif.

« Toute entreprise a des chances variables. C'est donc seulement à la dissolution d'une société qu'on peut savoir si elle a donné pour résultats des bénéfices ou des pertes. Ainsi alors même qu'à un moment de sa durée, il serait établi que des bénéfices ont été réalisés, on n'en pourrait pas conclure que ces bénéfices devraient être partagés actuellement puisque ces bénéfices pourraient être annihilés par des pertes ultérieures » (1).

(1) *Rép. alph. de jurispr.* Dalloz, Société, p. 386.

Donc théoriquement, la question de savoir si une société a réalisé des bénéfices ou si elle est en perte, ne peut être résolue qu'à sa dissolution quand les opérations sociales sont définitivement clôturées. Il suffit alors de comparer la valeur réelle du fonds social, déduction faite du passif, au capital nominal pour établir si la société a réalisé un bénéfice ou bien si, au contraire, elle est en perte.

Il y a bénéfice si la valeur d'inventaire attribuée à l'ensemble de l'actif social (défalcation faite de toutes les dettes exigibles ou non) est supérieure au capital engagé ; dans le cas contraire, il y a perte.

Si on observait ce principe à la lettre, une société en cours d'existence, normalement, ne devrait jamais distribuer de bénéfices annuels.

Or cette conception toute théorique, par sa trop grande rigidité, ne peut être celle de la pratique.

Aussi, à côté de cette première notion de bénéfice au sens large, il y a une seconde notion ayant un caractère plus étroit c'est celle de bénéfice annuel, bénéfice constaté à la clôture de chaque exercice.

Il est évident que le public ne consent à confier ses économies à une société que si cette dernière, en échange, lui donne la certitude, ou du moins l'assurance, d'en tirer un revenu périodique. C'est pour cela que le pacte social contient toujours une clause prévoyant et réglementant cette répartition des bénéfices à la clôture de chaque exercice : cet exercice est ordinairement d'une année, d'où le nom de bénéfices annuels. « Par la force des choses, déclare M. Lecouturier, on a été amené à autoriser une répartition annuelle de bénéfices, c'est-à-dire de la somme qui représente, à chaque inventaire, l'excédent de l'actif

net sur le capital. Cependant les véritables bénéfices, dans la rigueur des principes, sont ceux que l'on constate à la liquidation de la société » (1).

Il y a donc bénéfices annuels quand une société s'est enrichie d'un exercice à l'exercice suivant. Il y a perte annuelle, quand la société ne peut pas, à la fin d'un exercice, distribuer de dividendes à ses actionnaires. Ici on n'envisage plus la situation dans son ensemble, on se contente de rechercher l'enrichissement périodique, annuel, tel qu'il ressort au solde du compte profits et pertes. C'est donc l'inventaire obligatoire en fin d'année pour tout commerçant, et à plus forte raison pour les sociétés commerciales, qui fait ressortir la situation active et passive, et qui permet à la société de déterminer le montant du bénéfice annuel. C'est ce bénéfice, qu'après certains prélèvements obligatoires ou statutaires, elle distribue sous forme de dividendes entre les divers ayants droit.

Cet usage d'une répartition annuelle de dividendes s'impose par la force même des choses. Il est matériellement impossible d'obliger les associés ou les divers ayants droit aux bénéfices d'attendre la liquidation de la société pour jouir du fruit de leurs biens.

Mais si, à première vue, cela semble tout simple, en réalité, il est loin d'en être ainsi et dans la pratique on se heurte à de grosses difficultés. C'est pourquoi M. Dalsace, dans un article récent (2), a cherché à dégager cette notion de bénéfice en signalant les dangers et les écueils dans lesquels on risque de tomber si on s'arrête à une solution un peu simpliste et trop vulgaire.

(1) LECOUTURIER, *Les parts de fondateur*, p. 104, n° 126.

(2) DALSACE, *Rev. des Soc.* 1937, p. 217.

C'est ainsi qu'à propos des bénéfices commerciaux, cet auteur explique que couramment on entend par bénéfice la différence entre le prix d'achat inférieur et le prix de vente supérieur, et il tente alors de faire ressortir le danger d'un tel critérium.

Dans cet article, M. Dalsace essaie de démontrer que, même en adoptant la théorie du prix de revient, on commet une erreur, car si on admet une plus-value provenant d'une transformation de marchandises, on ne l'admet pas quand il s'agit seulement d'une hausse des cours.

Pour cet auteur, il semble que pour établir une notion réelle de bénéfices commerciaux il faille tenir compte de tous « les enchevêtrements des opérations d'une entreprise au milieu desquelles il n'est généralement pas possible de séparer les bénéfices acquis des plus values et de distinguer parmi les stocks ceux qui proviennent de rachats à de hauts cours de ceux qui restent les témoins d'achats à des cours plus bas » (1).

Il faut prudemment tenir compte de la situation en son entier et ne pas se laisser prendre aux apparences : en effet une entreprise commerciale peut, tout en étant en bénéfice financier, être en déficit économique, notamment quand il y a une forte hausse des matières premières, car alors, au lieu d'un bénéfice, il y a une perte, le stock initial ne pouvant être reconstitué. « Le bénéfice n'est que le résultat d'un mirage de chiffres » écrit M. Dalsace (2), et plus loin il écrit encore, poursuivant toujours cette même idée « La première condition d'une évaluation devant être que celle-ci soit faite avec une unité de mesure déterminée, il

(1) DALSACE, *op. cit.*, p. 225.

(2) DALSACE, *op. cit.*, p. 225.

est quelque peu vain de comparer des bilans établis avec des unités monétaires, identiques nominalement, mais très différentes en ce qui concerne leur pouvoir d'achat. »

Cette opinion erronée que M. Dalsace réfute en ce qui concerne les bénéfices commerciaux, il l'a note également en matière de bénéfices sociaux et la déplore au même titre. Il reproche aux tribunaux de confondre constamment les bénéfices nets avec la plus value. Il n'accepte pas comme exacte cette définition des bénéfices donnés par la Cour de Cassation dans un arrêt du 2 février 1934 (1) : « Le bénéfice s'entend de l'excédent de l'actif sur l'ensemble du passif tel qu'il résulte de l'inventaire ». Non, il ne peut pas s'agir dans ce cas de bénéfices d'une manière générale et c'est là l'origine de nombreuses erreurs et par suite de multiples confusions.

Comme en matière de bénéfices industriels, pour pouvoir parler de bénéfices sociaux certains, réels, il faut tenir compte d'une quantité d'éléments : c'est pourquoi il semble qu'on ne peut parler de bénéfices réalisés par une société que lorsque tous les éléments d'actif sont transformés en espèces, c'est-à-dire pratiquement après la liquidation de l'entreprise. En fait, ce n'est qu'à ce moment qu'on peut établir la différence comparative avec la situation initiale et que le bénéfice peut être exactement mesuré. Sauf dans ce cas, dans toutes les autres circonstances, « le bénéfice est évalué au lieu d'être mesuré et l'entreprise est obligée de distribuer des espérances » (2).

Il faut donc distinguer très minutieusement le bénéfice net du bénéfice brut, le bénéfice net représentant seul le gain réellement réalisé.

(1) *Gaz. du Pal.* 1934.1.299.

(2) Conclusions du Procureur général DUPIN, D. P. 1862.1.318.

De ce qui précède on peut conclure, en définitive, qu'il y a deux chiffres différents du bénéfice, correspondant à deux méthodes d'évaluation des éléments d'actif.

Rien n'est donc moins certain qu'un calcul de bénéfice. C'est pourquoi on ne peut réellement parler de bénéfices que lors de la liquidation d'une société, car c'est seulement à ce moment qu'il est possible d'envisager la situation dans son ensemble, d'une manière totale. Dans tous les autres cas, en matière d'évaluation de bénéfices annuels, on risque de se fourvoyer, de commettre des erreurs et des confusions, se laissant tromper par les chiffres qui dissimulent parfois des variations monétaires ou bien des plus values, et non pas réellement des bénéfices, on risque alors de se laisser abuser par une situation fictive.

Mais, sans aucun doute, quoiqu'il en soit, la distribution de bénéfices annuels est obligatoire.

Sans cette distribution annuelle de dividendes, la société ne trouverait pas le crédit auquel elle fait appel. En effet, les actionnaires comptent essentiellement sur cette distribution, elle représente pour eux le fruit de leurs économies. Mais, et on n'insistera jamais assez sur ce point, les administrateurs doivent envisager la situation avec sang-froid, sans se laisser prendre aux apparences et se laisser griser par une situation fictive, risquant d'entraîner dans leur erreur les associés en leur fournissant un compte rendu inexact de l'état social. La situation réelle, souvent, est très différente de la situation apparente et ce n'est qu'au moment de la liquidation qu'on découvre le véritable état social, beaucoup moins brillant et parfois même déficitaire. Du reste, la distribution de bénéfices dans ce cas constitue un délit réprimé sous le nom de délit de distribution de dividendes fictifs.

Il est donc essentiel de bien saisir le double sens de ce mot et d'attendre pour parler de bénéfices de pouvoir comparer entre eux le capital originaire et l'actif de liquidation car c'est à ce moment seulement que peut être appréciée la valeur des opérations sociales et leur résultat définitif. C'est donc, sans aucun doute, à tort que l'on emploie ce mot de bénéfice, créant une confusion dans l'esprit du public, pour désigner les dividendes annuels distribués aux associés à la clôture de chaque exercice car cela prête à confusion.

C'est ainsi que, profitant de cette erreur commune et de l'ignorance de la masse des actionnaires moyens, des administrateurs, peu scrupuleux, arrivent à les tromper aisément sur la véritable situation sociale jusqu'au jour du krach retentissant, krachs hélas ! trop fréquents, qui causent la ruine de nombreux petits épargnants, lesquels en supportent les conséquences désastreuses, alors que les administrateurs, habiles ou malhonnêtes, trouvent toujours le moyen de se débrouiller avantageusement.

C'est pour éviter de commettre cette erreur que, parlant des bénéfices au sens étroit, nous emploierons de préférence l'expression de *bénéfices annuels* ou *dividendes*, réservant l'expression de *bénéfices* à la notion plus large de bénéfices sociaux.

CHAPITRE IV

VUE D'ENSEMBLE DES RAPPORTS ENTRE PORTEURS DE PARTS ET ACTIONNAIRES AU SEIN DE LA SOCIÉTÉ

Nous voici arrivés au terme de ce titre préliminaire consacré au rappel de quelques principes d'ordre général.

Dans ce préambule, nous nous sommes efforcés, d'une part, de déterminer d'une façon aussi exacte que possible la nature juridique de la part de fondateur et, d'autre part, de rappeler ce qu'il faut entendre par bénéfices.

Dès ces premières pages, nous avons pu déjà constater le caractère d'extrême mobilité du droit commercial, c'est pourquoi, avant d'entreprendre notre première partie, nous tenons à insister sur ce point : c'est que le droit des sociétés est un droit en perpétuelle évolution, droit plus sensible que tout autre aux fluctuations économiques et aux mouvements sociaux, d'où il doit nécessairement et sans cesse s'adapter à tout changement, car c'est un droit essentiellement vivant. Vouloir l'enfermer entre des barrières trop rigides, c'est risquer de lui porter un coup terrible et, par ricochet, porter atteinte à l'économie nationale toute entière.

Or, si, sur le terrain du droit commercial, depuis une trentaine d'années, le législateur est intervenu à plusieurs

reprises pour tenter de remédier à l'insuffisance de textes déjà anciens, du moins, malgré ses efforts et ses interventions de plus en plus fréquentes, il reste toujours en arrière des événements : il a alors usé des décrets-lois, outil plus rapide et plus aisé à manier, mais, là encore, son intervention s'est révélée insuffisante et inopportune.

Sur le terrain du droit commercial, c'est un fait, le législateur n'arrive que pour consacrer le fait accompli, déjà adopté par la pratique et passé dans les mœurs et les usages. C'est ce que nous avons signalé à propos de la loi de 1929, loi qui n'est que la condensation en un texte rigide et obligatoire des usages et de la jurisprudence antérieure qui s'étaient élaborés peu à peu depuis 1860.

On peut alors se demander quelle utilité et quelle opportunité présente cette intervention législative, puisque, dans la majorité des cas, c'est une intervention ratificative plutôt qu'initiative.

C'est pourquoi, au cours des développements ultérieurs, notre but tendra autant à exposer la situation actuellement en vigueur telle qu'elle résulte de la législation et de son interprétation jurisprudentielle, qu'à dégager dans quel sens le droit devrait s'orienter dans l'avenir pour essayer, sur le terrain qui nous intéresse, de concilier les intérêts des porteurs de parts de fondateur et des actionnaires.

N'est-il pas vain d'espérer pouvoir éviter, dans un avenir plus ou moins proche, des conflits trop sérieux et qui, trop souvent répétés, risqueraient d'ébranler la stabilité des grandes entreprises commerciales, amenant de plus en plus contre elles les détracteurs de cette forme moderne de l'activité économique, toujours à l'affût des discussions régnant au sein des sociétés pour tenter de les ébranler.

Nous chercherons également à montrer que l'intérêt des

porteurs de parts et des actionnaires serait justement de s'unir pour lutter contre cette tendance.

Au fond, les intérêts de ces deux sortes d'associés ne sont-ils pas très proches et par leurs discordes intestines ne font-ils pas le jeu de leurs détracteurs et de leurs ennemis ? En effet, et c'est sur ce point que nous terminerons ce chapitre préliminaire, les droits des actionnaires et des porteurs de parts sont loin d'être en opposition aussi absolue et aussi complète qu'on se l'imagine en général.

Le problème est très différent dans la pratique. En rangeant en deux camps ennemis, actionnaires et porteurs de parts et en les excitant les uns contre les autres, on commet une très grave erreur, car leur situation est souvent très voisine, du moins la situation de tout un groupe d'actionnaires et des porteurs de parts.

Voici ce qu'il faut entendre par là.

L'évolution de la vie économique et commerciale et son contre-coup sur le développement progressif des valeurs mobilières se manifestent très nettement dans les sociétés anonymes.

L'appel aux capitaux des petits épargnants a sensiblement modifié l'idée que les actionnaires se faisaient de la société anonyme. Cette évolution s'est faite peu à peu et insensiblement, mais le résultat est là et on ne peut l'ignorer.

Au siècle dernier, quand un actionnaire apportait ses capitaux à une entreprise, il signifiait nettement, par le seul fait de cet apport, son intention de participer réellement, et dans la mesure de ses moyens, à l'administration de cette entreprise. Il adhérerait d'avance à tous les événements qui pourraient survenir au cours de la vie sociale : bonne ou mauvaise fortune. En un mot, l'actionnaire était

un commerçant qui s'associait avec d'autres commerçants, dans la même situation que lui, pour exploiter une entreprise quelconque dont ils confiaient la gestion à un gérant choisi parmi eux ou bien étranger à l'entreprise.

Depuis une cinquantaine d'années la situation est bien différente. De grosses entreprises se sont développées depuis lors, faisant appel à des capitaux de plus en plus importants pour pouvoir réaliser de vastes projets, et, peu à peu, elles se sont substituées aux petites entreprises, les absorbant même dans certains cas.

Or ces grandes entreprises durent faire appel à l'épargne publique et c'est alors que s'est formée cette scission parmi les actionnaires : d'un côté les petits actionnaires, épargnants ou joueurs, de l'autre les gros actionnaires, jouant le plus souvent un rôle dans le conseil d'administration.

I. — Le petit actionnaire moderne n'a plus du tout la mentalité de l'actionnaire de 1867. Il ne se considère pas comme un commerçant mais plutôt comme un créancier. C'est, ou bien un individu qui spéculé pour réaliser de gros bénéfices, ou bien, dans la majorité des cas, un individu qui, ayant accumulé des économies, cherche à réaliser un placement offrant de sérieuses garanties : « un placement de bon père de famille ». Dans ce but, il confie ses capitaux à une entreprise, soit avec l'intention de réaliser des bénéfices importants, soit, au contraire, avec l'intention seule d'assurer à ses capitaux un placement stable et avantageux, joint à l'espoir de percevoir des dividendes sûrs et réguliers. Quant à l'avenir lointain de la société, c'est le moindre de ses soucis, cela ne vient qu'au second plan de ses préoccupations, tandis que le présent est le seul point essentiel. Aussi il ne lui vient jamais à l'idée de s'in-

quiéter de la gestion sociale, de s'immiscer dans cette gestion, d'y jouer un rôle que sa qualité de propriétaire l'autorise à y jouer. Loin de lui cette préoccupation, et puis, matériellement, cela lui est impossible quand il se trouve être actionnaire de plusieurs sociétés importantes. Sans doute, suit-il avec intérêt les comptes rendus qui le tiennent au courant des fluctuations de la vie sociale, le renseignant sur la marche des affaires et lui permettant de vérifier sans cesse si son placement présente toujours des garanties sérieuses ou non. « Il ne se considère pas comme un propriétaire mais plutôt comme un bailleur de fonds » (1).

Ce sont là les différentes raisons qui expliquent l'attitude de cet actionnaire, et cela permet de comprendre pourquoi dans la majorité des cas les actionnaires moyens négligent de prendre part aux assemblées générales, soit parce qu'ils ignorent le rôle qu'ils peuvent y jouer, soit parce qu'ils craignent de ne pas très bien comprendre ce qu'on exigera d'eux.

En réalité, pour ces actionnaires, la société n'est qu'une personne morale à qui ils ont prêté des fonds, à charge pour cette personne de leur verser périodiquement un certain dividende : ils se désintéressent totalement de la constitution des réserves indispensables pour le maintien de la stabilité sociale. Au fond, ils se considèrent comme des créanciers qui ont fait un apport de capital à une entreprise, laquelle, en échange, prend l'engagement de leur verser un dividende annuel : c'est cette confusion dans l'esprit des actionnaires qui explique comment certains auteurs assimilent l'actionnaire à un créancier ou bien défi-

(1) LACHMANN, thèse, Grenoble, 1936, p. 26.

nissent les droits des actionnaires en les assimilant à un simple droit de créance (1).

II. — A côté de ce premier type d'actionnaires — en général propriétaires de quelques actions soit dans une, soit dans de multiples entreprises, divisant ainsi leurs chances — nous trouvons une seconde catégorie d'actionnaires. Cette fois se sont de très puissants actionnaires réunissant souvent en même temps et la qualité d'actionnaire et celle d'administrateur.

Ceux-là sont réellement les actionnaires qui s'intéressent à la vie sociale et qui prennent à cœur l'intérêt de la société.

Pour eux l'avenir et le développement de la société passent avant tout. Ils sont prêts à sacrifier leur intérêt personnel actuel pour assurer l'avenir de la société. Ils voudraient que tous les actionnaires, quels qu'ils soient, partagent leur manière de voir et se sacrifient pour la société. C'est pourquoi ils sont tellement acharnés dans la lutte qu'ils mènent contre tous les parasites qui risquent de nuire au développement de l'entreprise en n'envisageant que leurs intérêts strictement personnels. Pour ces actionnaires, ces parasites sont les porteurs de parts, les obligataires et les actionnaires moyens.

Ce sont ces actionnaires qui, au cours des assemblées générales, décident les mesures portant directement atteinte aux droits de tous ces parasites. Ce sont eux qui exigent la constitution de réserves extraordinaires, ou bien l'augmentation ou la réduction du capital social, ou bien même la

(1) Voir, en ce sens, WAHL, *Précis théorique et pratique de droit commercial*, n° 632 : « L'action ce n'est pas un droit de propriété... c'est un droit contre la société, un droit de créance. »

dissolution de la société et, ensuite, s'ils le jugent à propos, sa fusion avec une autre société : ce sont là toutes sortes de mesures portant directement ou bien indirectement atteinte aux droits des porteurs de parts. Voici les vrais ennemis personnels de ces associés. C'est contre eux qu'ils devront se défendre, qu'ils auront à lutter âprement.

Pour les porteurs de parts, ce sont ces actionnaires seuls qui sont à redouter, alors qu'au contraire, avec les autres ils ont plutôt des intérêts communs, car leurs situations, quoiqu'en apparence si lointaines, sont en réalité assez voisines.

En effet, quelle est de son côté la situation du porteur de parts au sein de la société anonyme moderne ?

Le porteur de parts est un associé dont le principal objectif, tout comme celui de l'actionnaire « créancier », est de toucher des dividendes annuels ; et à plus forte raison, n'ayant pas engagé de fonds, se désintéresse-t-il totalement de l'avenir de la société, de son développement, de la nécessité qu'il y a pour elle à modifier son capital, à constituer des réserves extraordinaires, etc... Aux assemblées de porteurs de parts, il ne songe qu'à défendre ses intérêts personnels immédiats.

Si telle est en réalité la véritable situation, on peut alors se demander si cette mentalité du porteur de parts n'est pas un peu bornée et si ce n'est pas à tort pour lui qu'il se désintéresse si totalement de la prospérité sociale et de son avenir et si, au contraire, il ne devrait pas avoir un certain *affectio societatis* dans son intérêt strictement personnel à lui porteur de parts, sans aucune prétention d'altruisme.

En effet, tant que la société est prospère, elle distribue annuellement des dividendes importants — dividendes sur

lesquels les porteurs de parts touchent leur quote-part, quote-part d'autant plus élevée que la société ne fait aucun prélèvement en dehors du prélèvement obligatoire pour la réserve légale. Puis, supposons que cette société en question, quelques années plus tard, se trouve dans une situation critique : les réserves légales sont alors vite absorbées, aucune réserve supplémentaire n'est là pour sauver la situation, l'entreprise sombre et il faut la liquider. C'est à ce moment que les porteurs de parts constatent, faisant un retour en arrière, qu'ils ont eu grand tort de n'envisager que le moment présent en négligeant l'avenir : ils regrettent, mais un peu tard, leur imprévoyance. Avec la disparition de la société, ils voient disparaître de leur patrimoine un revenu annuel, et un revenu dont le montant était souvent loin d'être négligeable. Ils s'aperçoivent qu'il eût mieux valu faire à un moment donné quelques sacrifices passagers dans leur propre intérêt, intérêt strictement lié dans une certaine mesure à celui de la société.

Il résulte donc de tout cela que l'antagonisme entre la situation des actionnaires et celle des porteurs de parts n'est pas aussi sérieux, aussi profond qu'on se l'imagine en général. En réalité, les uns et les autres ont un même et unique intérêt, la *prospérité de la société* dont ils sont mutuellement les membres. Si, au premier abord, l'accumulation de réserves extraordinaires, par exemple, ne présente pas un intérêt immédiat pour eux, cependant, il semble bien qu'ils ne doivent pas les dédaigner car il est plus intéressant pour eux de bénéficier d'une distribution de dividendes stables et réguliers — distribution qui sera sans doute toujours possible, même durant les années difficiles, grâce à la prévoyance des administrateurs qui auront pris soin de constituer et de faire voter des réserves pendant les

années de prospérité — plutôt que de profiter de distribution de dividendes élevés mais passagers et fictifs.

Nous n'allons pas pourtant jusqu'à prétendre qu'il n'y a plus de conflit entre les actionnaires et les porteurs de parts. Non, ce conflit, certes, existe toujours, il est toujours latent, mais seulement il n'a plus toute l'ampleur qu'il a pu avoir à un moment donné : il n'oppose plus tous les actionnaires en bloc, sans distinction, à tous les porteurs de parts — ou du moins il ne devrait plus les opposer — il se cantonne seulement sur le terrain des rapports entre « gros » actionnaires administrateurs et porteurs de parts. C'est ce que nous nous proposons de dégager au cours de cette étude.

Ayant, dans cette conclusion, exposé la situation telle qu'elle se présente dans la réalité, nous essaierons, au cours des développements ultérieurs, de voir dans quel sens le droit moderne des sociétés devrait s'orienter utilement pour améliorer une situation qui risque fort de porter atteinte au développement des sociétés anonymes.

Certains adversaires convaincus des parts de fondateur préconisent un moyen radical : ils ne proposent rien moins que de supprimer les parts. Nous verrons ce qu'il faut penser d'une telle solution qui, de prime abord, semble bien téméraire et sans doute un peu intransigente.

TITRE PREMIER

Droits des porteurs de parts sur les bénéfices annuels

Le partage des bénéfices est de l'essence même du contrat de société (art. 1832 du C.C.).

Il est hors de doute que si l'associé adhère au pacte social, s'il fait un apport à la société, s'il consent à un sacrifice quelconque, s'il abdique une partie de son libre arbitre au profit de la société, personne morale, c'est uniquement dans le but et avec le motif de participer à la répartition des bénéfices qui résulteront de l'ensemble des opérations sociales.

S'il consent à ce sacrifice, c'est parce qu'il a l'espoir d'obtenir en contre-partie une compensation, et la seule compensation réellement appréciable ce ne peut être que le droit aux bénéfices. Personne ne l'a jamais contesté. M. Capitant lui-même, dans son ouvrage sur la cause, déclarait que le droit aux bénéfices « est le but et la cause qui détermine les intéressés à s'associer » (1).

D'ailleurs, la loi est également formelle et ne laisse place à aucune équivoque.

Le législateur, dans l'article 1832 du C.C., exige de tout

(1) CAPITANT, *De la Cause des obligations*, n° 19, p. 42.

associé un apport en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter, puis, dans l'article 1855, il promet, d'une façon détournée sans doute, mais il promet formellement à chaque associé sa part dans les bénéfices répartis : « La convention, stipule cet article, qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle. »

C'est également le droit aux bénéfices qui constitue l'avantage essentiel des parts de fondateur. Cela est tellement évident qu'on dénomme indifféremment ces titres, *parts de fondateur* ou *parts bénéficiaires*. « Cette deuxième appellation désigne toutes les parts en tant qu'elles confèrent le droit de percevoir un tantième dans les bénéfices sociaux » (1).

Ce droit des parts de fondateur ne fait l'objet d'aucune contestation. Les créateurs de ces titres avaient trop clairement manifesté leurs intentions sur ce point pour qu'on puisse les mettre en doute.

De son côté, le législateur a eu soin d'insister sur ce droit essentiel des parts dans la loi de 1929. L'article 1^{er}, al. 2, de cette loi spécifie qu'« il peut leur être attribué, à titre de créance éventuelle contre la société, un droit fixe ou proportionnel dans les bénéfices sociaux ».

Ce texte de loi reconnaît d'autres droits aux parts de fondateur : tel le droit, par exemple, d'assister aux assemblées générales ou bien le droit de s'opposer à toute modification statutaire susceptible de porter atteinte à leurs droits propres ou à la forme de la société, etc... Mais le droit essentiel, primordial, c'est le droit aux bénéfices.

On ne pourrait pas concevoir de parts de fondateur sans cette attribution, sans ce droit d'où découlent tous les autres droits qui ne sont que des droits secondaires.

(1) CORDONNIER, *J. des S.* 1929, p. 257.

C'est cette opinion qu'exprimait déjà M. Lecouturier en 1903, quand il écrivait : « Nous connaissons même une société dans laquelle la part de fondateur ne comporte exclusivement que le droit de souscription privilégiée. Il est clair qu'en pareil cas elle ne représente rien moins qu'une part bénéficiaire » (1).

De même, sont à tort dénommés « parts de fondateur » des titres qui ne confèrent que le droit de souscrire aux augmentations du capital social. C'est en ce sens que s'est prononcé le tribunal de commerce de la Seine, dans un jugement du 27 janvier 1931 : « Attendu qu'aux termes de l'article 6 des statuts, il a été attribué en outre aux apporteurs : 1.000 parts de fondateur, au porteur, sans valeur nominale et ne donnant droit à aucune part de bénéfice, mais donnant droit exclusivement à souscrire à la moitié des augmentations du capital en numéraire.

« Attendu que les dits porteurs n'ayant aucun droit sur le fonds social, à la constitution duquel ils n'avaient pris aucune part et ne pouvant pas, aux termes mêmes du pacte social, s'immiscer à ce titre dans la gestion des affaires sociales, ne sauraient être considérés comme des associés.

« Attendu que le caractère d'associé ne peut s'inférer que d'une participation aux bénéfices et aux pertes d'une entreprise, au cours de la vie sociale ou lors de sa liquidation ; que les dits porteurs n'avaient, en l'espèce, droit à aucune part dans les bénéfices de la société, qu'ils étaient ainsi des tiers au sens de la loi du 24 juillet 1867 » (2).

Mais si ce droit aux bénéfices est de l'évidence même puisqu'il est de la nature même du titre, « on est loin de

(1) LECOUTURIER, *Parts de Fondateur*, p. 87.

(2) Trib. de Com. de la Seine, 27 janv. 1931, *Gaz. Pal.* 1931.1.498.

s'entendre sur les pouvoirs que confère aux porteurs cette vocation éventuelle à une fraction des bénéfices sociaux », ainsi que le constate M. Rault (1).

Mais quelle va être l'étendue exacte de ce droit ? Comment sera déterminée la part de chacun dans cette répartition des bénéfices ? Voici le problème qui se pose maintenant et qu'il va falloir résoudre en s'inspirant des textes et des solutions jurisprudentielles.

En général, c'est à la convention des parties qu'il faut se reporter. Ce sont les clauses du pacte social qui fixent l'étendue du droit de chaque catégorie d'associés.

Si les statuts fixent formellement et clairement la part de chacun, ou plutôt de chaque catégorie d'associés, la situation est très simple. Dans ce cas, au moment de procéder au partage des bénéfices, les administrateurs n'auront qu'à se reporter aux termes des statuts et à les exécuter fidèlement.

Mais, à côté de situations très simples, peuvent se présenter, dans la pratique, des situations plus compliquées. Par exemple, les statuts manquent de clarté, ils peuvent être interprétés de plusieurs façons, ou bien, encore, ils ne précisent rien au sujet de la détermination du droit de chacun. Comment va-t-on résoudre les difficultés inévitables ?

Nous avons bien un texte de loi, l'article 1853 du C. C. qui déclare que « lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société. A l'égard de celui qui n'a apporté que son industrie, la part dans les bénéfices ou dans les pertes

(1) RAULT, *Traité des Parts de Fondateur*, p. 68.

est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté ».

La loi est très nette et semble résoudre aisément le problème.

A l'égard des actionnaires cela ne fait aucun doute, en cas de silence des statuts, c'est l'article 1853 qui s'applique.

Mais, à l'égard des porteurs de parts, la question est plus délicate. Peut-on alors, en cas de silence des statuts à leur encontre, faire application de l'article 1853 ? Cela semble difficile, car l'apport effectué par ces derniers, dans la plupart des cas, n'est pas appréciable pécuniairement, et c'est d'ailleurs pour cela que la société leur a remis, non pas des actions, mais des parts de fondateur.

Pourtant, ne pourrait-on pas, faisant abstraction du premier alinéa de cet article, faire appel à l'alinéa 2 pour résoudre la difficulté ? Nous ne le pensons pas non plus, car la loi parle en termes précis d'un apport en industrie, or si parfois la part de fondateur est remise en échange d'un apport en industrie, souvent, elle est remise en contrepartie d'un apport d'une toute autre nature.

C'est dans la loi du 23 janvier 1929 qu'il faut chercher la solution. En effet cette loi, dans son article 1^{er}, al. 5, édicte expressément que « les droits des propriétaires de parts sont déterminés dans les statuts de la société par actions ou dans les délibérations ultérieures de son assemblée générale portant création des parts ».

D'après les termes de ce texte, on peut déduire que lorsque les statuts d'une société par actions prévoient la création de parts de fondateur sans fixer l'étendue des droits de ces titres, ces statuts sont nuls et les administrateurs de cette société ne peuvent jamais procéder à la distribution

des parts, à moins qu'une assemblée générale ne fixe ultérieurement l'étendue de leurs droits. Seule une assemblée extraordinaire a compétence pour prendre une telle décision, car il s'agit dans ce cas d'une modification statutaire. Une simple délibération de l'assemblée ordinaire est inefficace, cette assemblée n'ayant qu'un simple pouvoir de gestion et cette mesure débordant le cadre des pouvoirs qui lui sont reconnus.

C'est à cette disposition légale que se soumet la Cour de Cassation quand elle déclare que « les parts bénéficiaires confèrent à leurs propriétaires un droit dont l'étendue et la limite sont déterminés par les statuts » (1).

La liberté la plus grande est laissée aux fondateurs pour l'élaboration et la rédaction des statuts pourvu qu'ils n'y consacrent aucune disposition prohibée par la loi ou contraire aux bonnes mœurs. C'est ainsi que les combinaisons les plus diverses peuvent être adoptées dans les statuts.

A partir du moment où les parties adhèrent à la convention, elles sont liées par cette convention et doivent se plier à toutes les exigences qui en découlent. Pourtant, au cours de la vie sociale, certaines modifications peuvent totalement bouleverser le pacte initial, mais, alors que d'après la règle générale du droit commun des contrats une convention ne peut être modifiée que du consentement unanime de tous les contractants, en matière du droit des sociétés, le pacte peut être modifié par une simple décision de la majorité, décision qui s'impose à la minorité.

(1) Cass., Ch. des Req., 14 mai 1930, *J. des S.* 1931, p. 280. Voir, dans le même sens, C. de Besançon, 10 juil. 1933, *G. P.* 1933.2.844 : « Les droits conférés aux porteurs de parts bénéficiaires d'une société par actions sont déterminés quant à leur étendue et leurs limites par les statuts. »

Mais si ce sont les statuts qui font la loi des parties, leur interprétation est susceptible d'engendrer des conflits sérieux entre actionnaires et porteurs de parts, et c'est au sujet du mot bénéfices que surgissent les conflits les plus graves.

Nous avons vu dans notre titre préliminaire que ce mot bénéfices était susceptible de deux interprétations : au sens large, il désigne l'ensemble des bénéfices réellement réalisés par l'entreprise au cours de la vie sociale et qui ne sont révélés qu'à sa liquidation ; au sens étroit, il désigne les dividendes annuellement mis en distribution à la clôture de chaque exercice.

C'est justement cette équivoque qui est à la base d'un des conflits entre actionnaires et porteurs de parts.

Les auteurs eux-mêmes ne sont pas d'accord sur l'interprétation de ce mot et discutent inlassablement sur ce point : est-ce que par bénéfices il faut entendre seulement les bénéfices annuels ou bien faut-il englober dans cette expression les bénéfices annuels et les bénéfices de liquidation ?

Voici un exemple de formule statutaire que l'on rencontre assez fréquemment et qui montre bien comment se présente la difficulté : « Sur les bénéfices réalisés par l'entreprise il est prélevé tant pour cent au profit des parts de fondateur. »

En présence d'une telle formule les actionnaires ont inmanquablement tendance à vouloir restreindre la vocation des parts de fondateur aux seuls bénéfices annuellement distribués sous forme de dividendes.

Les porteurs de parts, au contraire, prétendent que leur vocation aux bénéfices comprend non seulement les dividendes annuels, mais aussi les bénéfices de liquidation.

Voici l'une des causes du conflit qui oppose les action-

naires et les porteurs de parts : nous nous contentons seulement de l'indiquer ici, nous réservant d'en approfondir l'étude dans notre titre deuxième, car ce titre premier est exclusivement consacré à l'étude des droits des porteurs de parts sur les bénéfices annuels, ce qui nous amènera à examiner un second aspect du conflit donnant lieu d'ailleurs à des différends aussi sérieux et beaucoup plus fréquents.

Ce désaccord a pour origine l'organisation de la gestion sociale de l'entreprise et par suite le mode de détermination des bénéfices annuellement distribués. En effet ce sont les actionnaires seuls qui interviennent dans cette gestion : ce sont eux seuls qui approuvent les comptes, qui fixent le montant des réserves, qui déterminent les dividendes distribuables, qui décident les augmentations ou les réductions du capital, etc... Ces actionnaires peuvent donc par une seule de leurs décisions porter une atteinte plus ou moins sérieuse et profonde à l'étendue des droits reconnus statutairement aux parts de fondateur.

C'est pourquoi les porteurs de parts, de leur côté, étant totalement exclus de cette gestion sociale ont une tendance instinctive à se méfier des délibérations de ces assemblées d'actionnaires, les suspectant facilement de partialité et les accusant d'excès de pouvoir.

Ces simples indications permettent d'entrevoir toutes les difficultés susceptibles de surgir au cours de la vie sociale, difficultés risquant de nuire à la bonne marche de l'entreprise.

C'est cet ensemble de questions que nous allons étudier maintenant en six chapitres consacrés respectivement à :

I. — La détermination statutaire des droits des porteurs de parts.

- II. — L'établissement des comptes.
 - III. — La fixation des amortissements.
 - IV. — La constitution des réserves.
 - V. — Les droits des porteurs de parts en cas d'augmentation ou de réduction de capital.
 - VI. — La modification des droits des porteurs de parts par décision de l'assemblée générale des porteurs de parts.
-

CHAPITRE PREMIER

DETERMINATION STATUTAIRE DES DROITS DES PORTEURS DE PARTS

Ce sont les statuts qui fixent l'étendue des droits de chacun dans la répartition des bénéfices.

Ces clauses statutaires sont intangibles, seules les assemblées générales extraordinaires peuvent les modifier.

Ces statuts font la loi des parties et les fondateurs ont la liberté la plus absolue pour les rédiger comme bon leur semble, du moment qu'ils restent dans les limites imposées par la loi ou les usages. Hormis la double restriction de l'article 1855 du C. C., les modalités les plus diverses sont admises. C'est ainsi que certaines clauses statutaires stipulent que les porteurs de parts et les actionnaires doivent venir concurremment au partage des bénéfices dans les proportions fixées par eux : par exemple 20 % au profit des porteurs de parts et 80 % au profit des actionnaires. Pas de favoritisme, ni de préférence au profit des uns ou des autres. Quand la société procède à une répartition de dividendes, chaque catégorie y a sa part ; quand, au contraire, à la clôture d'un exercice, la société décide de réserver les bénéfices réalisés et de surseoir à leur distribution, personne n'est en droit de réclamer, semble-t-il, puisque tout le monde est traité sur un pied d'égalité ; pourtant,

dans certains cas, les porteurs de parts ont la possibilité d'intenter un recours contre de telles décisions émanant des assemblées d'actionnaires et susceptibles de préjudicier gravement à l'étendue de leurs droits : ce recours, c'est le recours pour excès de pouvoir.

Au contraire, d'autres sociétés peuvent prévoir dans leurs statuts une répartition inégale des bénéfices, tant à l'égard des actionnaires qu'à l'égard des porteurs de parts. En général, cette répartition inégale est surtout prévue au profit des actionnaires : telles sont la clause d'intérêt fixe et la clause d'un premier dividende.

I. — La clause d'intérêt fixe est la clause des statuts qui favorise certains associés au détriment des autres, accordant aux uns, avant tout partage des dividendes, un intérêt de 5 %, par exemple sur le montant nominal de leurs titres.

Jamais un avantage de cette sorte ne peut être stipulé en faveur des porteurs de parts.

Si cependant, dans certains contrats de société, on trouve une stipulation allouant aux fondateurs une somme fixe en sus de leur fraction aux bénéfices, il ne peut s'agir dans ce cas que d'un super-dividende prélevé sur les bénéfices en faveur d'une catégorie d'individus, mais non d'une charge sociale due en tout état de cause.

Donc, c'est exclusivement au profit des actionnaires que cette clause peut être introduite dans le pacte social : elle peut être stipulée soit au profit de tous les actionnaires, sans aucune distinction, soit au profit d'une catégorie d'actionnaires seulement.

Cette clause est sans aucun doute valable du moment qu'elle est prévue aux statuts. Le bénéficiaire a alors le

droit de percevoir cet intérêt même quand le compte de profits et pertes ne révèle aucun bénéfice à la clôture d'un exercice.

Dans ce cas, cet intérêt ne peut être versé qu'au moyen d'un prélèvement sur le capital social, et c'est justement là que se trouve le gros danger d'une telle clause.

En effet, dans les sociétés ne réalisant pas de bénéfices, sociétés en formation par exemple, ou bien sociétés momentanément en période de crise, une clause d'intérêt fixe peut au bout de quelques années arriver à diminuer considérablement le capital social. Ce capital, gage commun des créanciers sociaux, devra être reconstitué lorsque la société sera *in bonis*, et, à ce moment là, il faudra procéder à cette reconstitution par des prélèvements sur les bénéfices, et cela au détriment des droits des autres intéressés — les porteurs de parts par exemple — et dans le seul intérêt d'une catégorie d'associés.

On conçoit qu'une telle clause soit vue avec une certaine défaveur par les associés non bénéficiaires ; mais, du moment qu'elle est prévue par les statuts, elle est licite et obligatoire pour tous. C'est là une chose sûre.

En serait-il de même dans le cas où les statuts ne prévoyant pas cet intérêt, les actionnaires prétendraient y avoir droit en toutes circonstances ? Nous ne le croyons pas.

Les statuts étant muets, on ne peut pas leur faire dire ce qui n'y est point exprimé.

D'autre part, rien dans la loi ne permet d'affirmer que les actionnaires aient un droit acquis à cet intérêt.

La loi ne leur reconnaît expressément qu'un droit aux bénéfices, c'est-à-dire un droit sur les excédents réalisés par la société et révélés à la clôture de chaque exercice au compte de profits et pertes.

Mais les auteurs sont loin d'être d'accord sur ce point.

C'est ainsi que M. Wahl prétend que le droit à l'intérêt fixe est un droit au profit des actionnaires, même en dehors de toute stipulation statutaire, « car, prétend-il, ce prélèvement d'intérêt est non seulement conforme à l'usage, mais la rémunération du capital est une sorte de dette sociale, à tel point d'ailleurs que le capital figure dans les bilans comme passif de la société et enfin ce droit se justifie car il est de toute justice. » (1).

M. Wahl estime qu'en toutes circonstances, l'argent doit recevoir sa juste rémunération : l'actionnaire a fait un apport en numéraires à la société, celle-ci lui doit l'intérêt de son argent, lequel en dehors de toute clause statutaire, sera l'intérêt légal. La distribution des dividendes, la participation aux bénéfices ne sont qu'un supplément. M. Wahl ne semble tenir aucun compte des risques inhérents à toute entreprise, risques que les associés ont acceptés d'avance en adhérant au pacte social, en contre partie des chances de gain illimité en cas de prospérité de la société.

Si M. Wahl soutient si fermement cette théorie, qui semble inadmissible juridiquement, c'est parce que son point de départ est erroné : nous avons vu, en effet, que cet auteur assimile l'action à un droit de créance (*supra*, p. 46) et toute la confusion vient de là ; c'est pourquoi il continue à assimiler les droits de l'actionnaire à ceux du créancier.

Au contraire la théorie de M. Houpin semble beaucoup plus logique. Cet auteur fait remarquer, avec juste raison, que si la clause ne figure pas dans les statuts les actionnaires n'ont aucun droit à cet intérêt fixe prélevé avant

(1) WAHL, *Traité des Titres aux Porteurs*, p. 20.

la distribution des dividendes entre les divers ayants droit, « car il n'existe dans notre législation, aucune disposition accordant aux associés l'intérêt de leur apport. Les associés, spécialement les actionnaires, ont droit aux bénéfices, à des dividendes dans les proportions déterminées par la loi ou la convention. C'est le pacte seul qui peut autoriser à prélever un intérêt. Cet intérêt ne saurait à aucun titre, constituer de plein droit une dette à l'encontre des porteurs de parts, pas plus que dans les rapports des actionnaires entre eux » (1).

Ce serait, certes, violer le pacte social que de prélever sur les bénéfices, dans tous les cas et en dehors de toute clause, au profit des actionnaires seuls, un intérêt fixe avant de procéder à la répartition des dividendes.

Les partisans du droit à l'intérêt fixe au profit des actionnaires tentent de justifier leur théorie en expliquant que cet intérêt n'est que la juste rémunération d'un apport effectué sous forme de numéraires.

Ce dernier argument ne semble pas décisif.

En effet, pourquoi, en raisonnant par analogie, n'admettrait-on pas la même faveur au profit des porteurs de parts ? Sans doute, la part de fondateur ne correspond-elle pas à un apport en numéraires, mais, le plus souvent, elle est remise en contre-partie d'un apport quelconque difficilement évaluable pécuniairement : travail, brevet d'invention, etc... Pourquoi cet apport doit-il attendre pour recevoir une rémunération quelconque que la société ait réellement réalisé un bénéfice, tandis que l'apport en numéraire seul, en toutes circonstances aurait droit à une rémunération immédiate et régulière ?

(1) HOUPIN, *J. des S.* 1898, p. 5.

Ce raisonnement semble difficilement acceptable.

D'autre part cette clause d'intérêt fixe n'est pas sans danger, c'est pourquoi on ne peut l'admettre en dehors d'une stipulation expresse la prévoyant. En effet, cet intérêt peut être prélevé, non seulement sur les bénéfices, mais même sur le capital, au risque d'ébranler l'équilibre social et de nuire à l'avenir de l'entreprise et cela au détriment des porteurs de parts qui ne bénéficient pas d'un avantage similaire.

Aussi en raison des inconvénients incontestables et des dangers certains d'une telle théorie — théorie admettant en toute circonstance l'intérêt fixe au profit des actionnaires — nous refusons de nous y rallier.

Pour nous, la seule solution acceptable est celle-ci : nécessité de stipuler la clause d'intérêt fixe dans les statuts pour que cet intérêt puisse être exigé.

D'ailleurs, n'est-ce pas la thèse adoptée par la jurisprudence ? « Attendu, lit-on dans un arrêt de la Cour de Rennes, qu'il est de doctrine certaine, que dans le silence des statuts les actionnaires des sociétés anonymes sont des associés et n'ont, en dehors de leur part dans les bénéfices sociaux, aucun droit aux intérêts du capital qui constitue leur mise d'où il suit que l'intérêt annuel du capital engagé ne constitue point l'une des charges de la société » (1).

La Cour de Rennes est très ferme dans son affirmation : la clause d'intérêt fixe pour être valable doit être prévue statutairement, sinon elle ne peut en aucun cas constituer une charge sociale.

C'est dans le même sens que se prononce le Tribunal de

(1) C. d'appel de Rennes, 11 juil. 1889, *R. des S.* 1891, p. 215.

Commerce de la Seine : « La clause d'intérêts statutaires payables aux actionnaires est valable et de nature à engendrer un droit de créance à leur profit » (1). Et le commentateur de cette décision insiste sur cette décision en la soulignant : « La jurisprudence, dit-il, est fixée en ce sens que la clause allouant aux actionnaires des intérêts fixes à porter au compte des frais généraux, est valable et doit produire effet à l'égard des tiers. Toutefois la Cour de Cassation, dans quelques arrêts, avait établi une distinction quant aux effets de la clause vis-à-vis des tiers dans le cas où elle n'aurait pas été publiée. Si les intérêts fixes alloués devaient être considérés comme une reprise éventuelle du capital, la clause qui les autorisait, aurait dû être publiée : s'ils ne constituaient qu'une charge sociale imputable sur les frais généraux la disposition statutaire serait opposable aux créanciers de la société en tout état de cause, mais la plus grande partie de la jurisprudence exige la publication de la clause dans tous les cas » (2).

Voici donc encore un point qui vient confirmer la thèse de la jurisprudence sur la question. Etant donné qu'en raison des dangers d'une telle clause, les tribunaux exigent sa publication — et ce, sous peine de nullité — dans l'intérêt des créanciers, à plus forte raison, peut-on en déduire que cette distribution d'un intérêt fixe est impossible quand elle n'est pas prévue par les statuts.

Quelques auteurs vont même plus loin et prétendent que la clause d'intérêt fixe n'est licite que si l'intérêt prévu est prélevé non pas sur le capital mais sur les bénéfices réalisés. Elle n'aurait alors que la valeur d'une clause de

(1 et 2) Trib. de Com. de la Seine, 16 janv. 1934, *G. P.* 1934.2.718 (sous note b.).

premier dividende : d'où par suite si la société ne réalise pas de bénéfices, les titulaires de la clause d'intérêt fixe n'ont droit à rien. C'est ce qui semble ressortir de cette opinion de M. Houpin : « Tout d'abord, dit-il, le prélèvement stipulé au profit des actionnaires n'a pas juridiquement le caractère d'un véritable intérêt, c'est-à-dire d'un droit de créance que l'actionnaire serait fondé à faire valoir même en l'absence de bénéfices. Lorsque les statuts disposent qu'il sera prélevé sur les bénéfices nets un intérêt au profit des actions, ce prélèvement n'est en réalité qu'un premier dividende fixe, dont les actionnaires ne sont autorisés à réclamer le paiement qu'autant qu'il existe des bénéfices suffisants pour y faire face » (1).

Nous croyons que M. Houpin pousse les précautions un peu loin, dans l'intérêt seul de la société, personne morale, et que telles n'étaient pas les intentions des fondateurs quand ils ont stipulé dans les statuts la clause d'intérêt fixe. Contrairement à M. Houpin, nous estimons que même en dehors de tous bénéfices, les titulaires de ladite clause, sont en droit d'exiger ce qui leur est promis à la clôture de chaque exercice. Comme le fait remarquer M. Ripert « une telle combinaison tend à rapprocher l'action de l'obligation. L'actionnaire a le droit de toucher un intérêt sur sa mise » (2).

Supposons maintenant une situation un peu différente : la clause n'était pas prévue par les statuts originaux, mais elle a été introduite dans le pacte social par une délibération de l'assemblée des actionnaires modifiant ultérieurement les statuts. Cette clause est-elle valable ? Selon les

(1) HOUPIN, *Traité Général des Sociétés*, 7^e éd., I, n° 535.

(2) RIPERT, *Cours de droit Commercial* 1936-1937.

principes généraux du droit, cette clause est valable, du moment qu'elle a été votée par une délibération de l'assemblée générale, prise dans les formes imposées par la loi, et que les porteurs l'ont approuvée.

En définitive, dans l'état actuel du droit et de la jurisprudence il est certain que cette clause — de plus en plus fréquente en faveur des actionnaires — est valable, du moment qu'elle est inscrite dans les statuts ou bien qu'elle y est introduite par une délibération de l'assemblée ayant fait l'objet d'une publicité régulière pour sauvegarder les droits des tiers.

II. — La clause d'un premier dividende est la clause statutaire en vertu de laquelle il est prélevé sur les dividendes avant toute répartition, un certain pourcentage, par exemple 5 %, au profit d'une catégorie d'associés.

Cette clause, en général, est stipulée en faveur des actionnaires, mais elle peut être prévue aussi au profit des porteurs de parts, ce qui est plus rare.

Voici une formule que l'on trouve souvent dans les statuts de sociétés : « Sur les bénéfices, il sera d'abord versé 5 % aux actions : le surplus sera partagé entre les actionnaires et les propriétaires des parts de fondateur dans les proportions suivantes : 80 % aux actions, 20 % aux parts. »

M. Ripert estime que ce premier dividende aux actions « correspond à un certain intérêt sur le capital versé » (1).

Mais quoiqu'il en soit, il ne faut pas confondre cette clause d'un premier dividende avec la clause d'intérêt fixe, car la première ne présente pas du tout les mêmes inconvénients, ni les mêmes dangers que la seconde.

(1) RIPERT, *Cours de droit Commercial* 1936-1937.

Contrairement à l'intérêt fixe, le premier dividende n'est distribué que si la société partage des dividendes, que s'il y a une répartition de dividendes. Par conséquent, si la société ne réalise aucun bénéfice, les titulaires de cette clause d'un premier dividende n'ont aucune prétention à faire valoir. Mais pourtant, de même que la clause d'intérêt fixe, la clause d'un premier dividende pour être valable doit être prévue par les statuts ou par une délibération de l'assemblée extraordinaire, lors de la création d'actions de priorité, par exemple.

En dehors d'une clause statutaire, on ne pourrait pas concevoir l'existence d'un tel avantage au profit de certains associés à l'encontre des autres soit actionnaires, soit porteurs de parts : « Lorsque les statuts stipulent que les bénéfices seront répartis entre les actions et les parts, dans les proportions déterminées, cette convention qui fait la loi des parties, doit être exécutée littéralement et suivant sa teneur. Ce serait la violer ouvertement que de prélever sur les bénéfices au profit des actionnaires un premier dividende avant toute répartition aux parts de fondateur. Il est donc nécessaire que ce prélèvement soit autorisé par les statuts d'une manière expresse pour que les actionnaires y aient droit » (1).

Par conséquent, si les statuts étaient muets sur ce point les porteurs de parts seraient en droit de s'élever contre une décision de l'assemblée ordinaire qui octroyerait une telle prérogative aux actionnaires, prérogative qui ne pourrait jamais constituer une dette sociale à l'encontre des porteurs de parts. Sans doute serait-elle opposable aux actionnaires non bénéficiaires, mais seulement si elle avait

(1) HOUPIN, *op. cit.*, n° 535.

été approuvée en assemblée par la majorité des actionnaires.

Ce sont là des dispositions statutaires variant d'une société à l'autre, mais comme elles sont susceptibles de créer des différences considérables entre les divers ayants droit aux bénéfices c'est avec beaucoup de prudence et de circonspection qu'il faut les interpréter, sinon on risque de dénaturer profondément la pensée initiale des fondateurs et de la détourner de son but.

Mais à côté de ces clauses statutaires fixant la part de chacun dans la répartition des bénéfices, il y en a d'autres concernant la détermination des bénéfices distribuables. C'est ainsi que certaines clauses statutaires peuvent prévoir un prélèvement pour la constitution d'un fonds de réserves légales, qui est obligatoire, ou bien encore des retenues nécessaires pour procéder à l'amortissement des actions.

De telles clauses, en tant que clauses contractuelles, sont valables du moment qu'elles sont conformes à la loi, et elles sont alors obligatoires pour les parties qui ont adhéré au pacte social.

Cependant, malgré la présence de ces clauses qui semble devoir écarter toute possibilité de conflit entre actionnaires et porteurs de parts, le conflit est toujours latent, il est inévitable et risque d'éclater à tout instant, étant de la force même des choses. Les stipulations statutaires étant susceptibles d'interprétations variées, chaque groupe d'associés tente de les interpréter dans un sens qui lui est favorable.

La solution de ces conflits est du ressort des tribunaux qui sont seuls compétents pour les régler, recherchant dans chaque cas à concilier les termes des statuts avec les textes légaux ; mais on ne peut s'empêcher de constater dans ce

domaine une tendance jurisprudentielle de plus en plus marquée, à favoriser plutôt les intérêts de la société, personne morale, institution, au détriment des intérêts des membres qui la composent, quels qu'ils soient, actionnaires ou porteurs de parts.

La solution de tels conflits échappe, en principe, à la censure de la Cour de Cassation, laquelle en matière contractuelle, n'intervient jamais que pour vérifier si les termes statutaires n'ont pas été dénaturés ou mal interprétés.

Mais si au cours de la vie sociale ce droit aux bénéfices, tel qu'il est fixé statutairement, est un droit essentiel attaché à la possession des actions ou des parts de fondateur, — droit que personne ne songe à contester — du moins c'est un droit très aléatoire qui est loin d'être immuable dans son étendue et qui est même sujet à des fluctuations parfois considérables, car il dépend non seulement de tous les aléas inhérents à l'entreprise elle-même et aussi de tous les événements extérieurs à l'entreprise, tels que les bouleversements politiques et sociaux, mais il dépend encore et surtout des assemblées d'actionnaires.

Les pouvoirs reconnus à l'assemblée sont très larges, d'où, par suite, d'une année sur l'autre, malgré des résultats sociaux à peu près identiques et similaires, le montant des dividendes distribuables peut être considérablement différent. Non seulement ce sont ces assemblées qui fixent annuellement le montant des dividendes objet de la distribution, mais elles peuvent même, si elles le jugent opportun, suspendre momentanément toute distribution et la reporter à une date ultérieure.

L'assemblée générale des actionnaires doit être obligatoirement convoquée au moins une fois par an pour approuver

les comptes et le bilan et pour voter les dividendes. Etant donné la nature des attributions de l'assemblée, il est évident que ses délibérations vont avoir des répercussions considérables et inattendues dans la répartition des dividendes et on peut concevoir aisément toutes les difficultés inhérentes à une telle organisation au sein de sociétés dans lesquelles se trouvent en présence des actionnaires et des porteurs de parts, puisqu'il s'agit d'assemblées d'actionnaires auxquelles les porteurs de parts n'ont pas accès.

En effet, quels sont les associés qui ont accès à ces assemblées ? Les porteurs de parts auraient sans doute un intérêt essentiel à y être admis, mais cet accès leur est refusé par la loi de 1929.

Cette loi de 1929 dans son article 11, § 2, stipule que « les représentants des porteurs de parts ne peuvent s'immiscer dans la gestion des affaires sociales ».

Si donc cette loi exclut les représentants des propriétaires de parts de toute participation à la gestion sociale, à plus forte raison en exclut-elle les porteurs de parts personnellement et individuellement.

Sans doute, dans son paragraphe 3, ledit article autorise-t-il les représentants des propriétaires de parts à assister aux assemblées générales, *mais seulement avec voix consultative* ce qui les tient en dehors de toute ingérence directe dans la conduite de l'entreprise. Il résulte des termes mêmes de la loi qu'ils ne peuvent prendre une part active aux délibérations de ces assemblées.

Enfin dans ses paragraphes 4 et 5, l'article 11 reconnaît aux représentants des porteurs de parts « le droit aux mêmes communications que les actionnaires et aux mêmes époques ». Cette dernière mesure, quoiqu'encore trop insuffisante pour assurer une protection efficace des droits des

parts, marque un progrès sensible sur la situation antérieure, car, par l'intermédiaire de leurs représentants, c'est reconnaître aux propriétaires de parts bénéficiaires un certain droit de surveillance dans la gestion, droit susceptible, dans certains cas, de faire avorter et échouer des manœuvres dirigées de concert par les administrateurs et les actionnaires, contre les parts de fondateur et qu'aucune raison d'intérêt social ne peut justifier.

Ce droit n'est certes pas un droit d'immixtion dans la gestion, mais seulement un droit de surveillance, droit dont la valeur et la portée ne sont pas à dédaigner. Ce droit assure une certaine garantie aux parts, à supposer, bien entendu, que les représentants des porteurs de parts soient impartiaux et de bonne foi.

Les porteurs de parts demeurent donc en toutes circonstances étrangers à la gestion de la société, ils ne sont jamais admis à participer aux assemblées d'actionnaires. Ce droit, d'après la loi de 1867, est exclusivement réservé aux propriétaires d'une part sociale représentant une quote part du capital social, c'est-à-dire aux actionnaires, qui remplissent les conditions exigées par la loi. Eux seuls donc composent les assemblées générales et peuvent par leur vote, prendre une part active dans l'administration et la gestion de l'entreprise.

Le droit de vote est, avec le droit aux dividendes, une des prérogatives attachées à l'action.

Sans doute « dans l'état actuel de notre droit, cette participation est-elle peu développée » (1), et les actionnaires négligent-ils trop souvent ce pouvoir qui leur est attribué par la loi, mais pourtant c'est un droit dont l'exercice leur

(1) DU GARREAU, *Les droits propres de l'actionnaire*, p. 138.

appartient exclusivement : droit de regard sur l'administration, droit d'approbation de la gestion.

Pourtant les administrateurs et les gérants savent, dans certaines circonstances, qu'ils doivent compter avec eux. Certaines mesures de gestion ne peuvent entrer en vigueur que si les actionnaires les ont approuvées en assemblée générale. Son rôle, peut-être « n'est-il uniquement qu'un rôle d'approbation » comme le fait remarquer M. du Garreau, mais cependant c'est un rôle important car il suffit que l'avis de l'assemblée ne soit pas conforme aux desiderata des administrateurs pour que les mesures prises par eux soient caduques et sans valeur. Le conseil d'administration ne peut passer outre aux décisions de l'assemblée des actionnaires.

La loi de 1867 fixe les limites du droit de vote de l'assemblée générale des actionnaires : les décisions de cette assemblée s'imposent à tous, membres de la minorité ou porteurs de parts. Cependant si la majorité outrepassé ses droits, les membres de la minorité et les porteurs de parts peuvent toujours protester en invoquant l'abus du droit ou l'excès de pouvoir.

Voici donc la source des nombreuses difficultés susceptibles d'éclater au cours de la vie sociale entre les actionnaires et les porteurs de parts ; ces difficultés découlent de la loi elle-même et, par suite, elles sont de nature à créer des conflits particulièrement sérieux, car les uns, dans les limites de la loi, ont une tendance naturelle à favoriser leur situation personnelle, les autres, au contraire, sur le qui-vive et sans cesse hantés par une sorte d'esprit de persécution, sont toujours prêts à critiquer les décisions de l'assemblée, suspectant de parti pris la bonne foi et l'impartialité des votants.

Les principales difficultés sont celles qui ont trait à la fixation des dividendes, à l'établissement des comptes, à la pratique des amortissements, aux augmentations ou diminutions de capital, car toutes ces mesures sont, suivant l'usage qu'il en est fait, de nature à modifier considérablement l'étendue des droits des porteurs de parts sur les dividendes et, parfois même, peuvent aller jusqu'à les priver de certains droits qu'ils tiennent des statuts.

Nous allons donc tour à tour examiner ces différentes questions et voir quelles peuvent être leurs répercussions sur les droits respectifs des actionnaires et des porteurs de part sur les bénéfices sociaux.

CHAPITRE II

ETABLISSEMENT DES COMPTES

Les dividendes qui sont distribués à la fin de chaque exercice sont le produit de cet exercice, déduction faite des frais généraux et des charges qui incombent annuellement à l'entreprise : constitution de la réserve légale, remboursement des obligations, amortissements...

Il s'en suit donc que les bénéfices de l'année — bénéfices au sens de bénéfices commerciaux (v. ci-dessus p. 37) — ne peuvent jamais être intégralement distribués sous forme de dividendes.

Avant qu'il ne soit question d'une distribution de dividendes, il faut d'abord opérer sur les bénéfices certains prélèvements obligatoires soit légalement, soit statutairement, et, surtout, il faut assurer la reconstitution du capital (usure du matériel, épuisement des mines).

C'est seulement lorsque toutes ces opérations sont effectuées que les divers intéressés peuvent exercer leurs droits sur le reliquat des bénéfices qui constituent les dividendes distribuables.

Il ne faut pas confondre les bénéfices nets avec les bénéfices bruts.

Les bénéfices bruts sont les bénéfices réalisés par l'entreprise au cours de chacun de ses exercices sans tenir aucun

compte des éléments susceptibles de les diminuer, au risque de les absorber totalement.

Les bénéfices nets, au contraire, sont les bénéfices qui sont révélés à la clôture de chaque exercice par le compte de profits et pertes. Ce sont les seuls vrais excédents réalisés par l'entreprise et susceptibles de faire l'objet d'une distribution de dividendes.

C'est au sujet de la détermination de ce bénéfice net, bénéfice distribuable, que s'élève le premier conflit entre les actionnaires et les porteurs de parts. Les porteurs de parts, avons-nous vu, n'ont aucun rôle dans la détermination de ces bénéfices distribuables, tandis que les actionnaires, au contraire, ont, en principe du moins, un rôle considérable : ils peuvent et doivent vérifier les comptes. Ce sont eux qui approuvent les bilans, etc...

Les porteurs de parts ont alors toujours une tendance naturelle à suspecter la bonne foi des actionnaires dans l'exercice de cette fonction qui leur est déparée. Nous verrons que leur crainte est souvent justifiée et que ce n'est pas sans raison qu'ils ont lieu de se méfier des agissements des actionnaires.

C'est par le compte de profits et pertes que l'on connaît à la clôture de chaque exercice le bénéfice net réalise au cours de cet exercice.

Mais ce compte de profits et pertes n'est que la dernière étape de la série des formalités imposées aux sociétés pour l'établissement de leurs comptes.

C'est l'article 34 de la loi de 1867, modifié par un décret-loi du 8 août 1935, qui réglemente cette question des comptes des sociétés par actions : « A la clôture de chaque exercice, le conseil d'administration établit un inventaire, un compte de profits et pertes et un bilan. Il établit en

outre un rapport aux actionnaires sur la marche de la société pendant l'exercice écoulé. L'inventaire, le bilan et le compte de profits et pertes doivent être mis à la disposition des commissaires quarante jours au moins avant la date de l'assemblée générale. »

D'après cet article, les sociétés doivent se plier à la formalité de l'inventaire annuel, imposé par l'article 9 du Code de Commerce, à tout commerçant : « tenu de faire tous les ans, sous seing privé, un inventaire de ses effets mobiliers et immobiliers, et de ses dettes actives et passives... »

Cet inventaire qui est imposé à tout commerçant est également obligatoire pour les administrateurs de société qui doivent annuellement dresser l'état descriptif et estimatif de tout ce qui appartient à la société et de tout ce qu'elle doit.

M. Houpin donne une définition très descriptive de l'inventaire : « Il met en regard, dit-il, l'actif et le passif. L'actif se compose des valeurs appartenant à la société, telles que matériel, marchandises, effets, valeurs en portefeuille, etc... Le passif comprend le capital social, les dettes de toutes natures, le fonds de réserve. S'il ressort de la balance de ces divers éléments, un excédent d'actif, c'est un bénéfice susceptible d'être réparti sous forme de dividendes » (1).

Les administrateurs, à qui incombe le soin de dresser l'inventaire, doivent indiquer très exactement la composition du capital social, biens mobiliers et immobiliers, leur quantité, leur valeur : ils doivent aussi indiquer les créances que la société peut faire valoir, de même que les dettes qui grèvent son patrimoine.

(1) HOUPIN, *op. cit.*, 6^e éd., t. I, n° 730.

A côté de cet inventaire, la loi impose aux administrateurs une deuxième formalité : c'est la confection du bilan.

Le bilan doit être dressé à la fin de chaque exercice quand l'inventaire de l'année est terminé. Le bilan, en réalité n'est que le résumé de l'inventaire. C'est un tableau synthétique en deux colonnes de tous les éléments de l'actif et du passif, tels qu'ils résultent de la comptabilité établie dans l'inventaire. L'actif et le passif s'y font balance et c'est justement le compte de profits et pertes qui va permettre de maintenir l'équilibre.

Ce compte figure à l'actif si l'exercice est déficitaire. Au contraire, il figure au passif quand la société a réalisé des bénéfices. C'est seulement quand ce compte figure au passif que l'assemblée générale peut voter les dividendes distribuables.

Ces inventaires et ces bilans jouent un rôle important dans les sociétés, non seulement parce que les comptes de profits et pertes permettent de dégager les dividendes distribuables, mais aussi parce que ce sont les seuls documents qui soient à la portée des actionnaires pour leur permettre de se faire une opinion sur l'état social.

Si donc ces documents sont faussés soit volontairement, soit involontairement, par les administrateurs ou les gérants cela peut être excessivement dangereux puisque c'est après en avoir pris connaissance que les actionnaires votent le montant des bénéfices distribuables pour l'année écoulée.

De plus, depuis la loi du 23 janvier 1929, les administrateurs doivent donner communication de cet inventaire et de ce bilan aux représentants des porteurs de parts qui ont ainsi un droit de regard sur les comptes de la société et peuvent surveiller les manœuvres des administrateurs.

Enfin c'est encore l'inventaire et le bilan qui tiennent

les créanciers sociaux au courant de la situation financière de l'entreprise.

Il est donc certain que cet inventaire et ce bilan ont un rôle important et loin d'être négligeable ; pourtant, leur confection donne lieu à de nombreuses difficultés et le plus souvent ils ne fournissent qu'un état inexact de la situation financière de la société, les administrateurs les dressant de telle sorte qu'ils sont loin de répondre au but pour lequel ils ont été conçus.

Si la loi de 1867 imposait aux sociétés par actions l'obligation de dresser un inventaire et d'établir un bilan, par contre, pas plus que le Code de Commerce, elle n'indiquait quelles règles devaient être suivies, tant pour la rédaction de l'inventaire que pour la confection du bilan. On s'inspirait donc des règles établies par l'usage et par la pratique commerciale.

Dans la loi de 1867, le législateur s'était contenté d'imposer l'obligation de faire apparaître la situation active et passive de la société à la clôture de l'exercice annuel, mais rien n'est plus aléatoire ni plus délicat, les éléments d'appréciation étant nombreux et de nature essentiellement variable.

En raison de cette liberté absolue en matière de confection d'inventaire et de bilan, chaque société établissait ses comptes et dressait son bilan comme elle le voulait. Souvent, malheureusement, beaucoup de ces bilans étaient inexacts, mal dressés ou même frauduleusement dressés pour induire en erreur les associés et les tiers créanciers. Aussi n'était-il pas rare d'apprendre la faillite inattendue de sociétés dont le compte de profits et pertes était cependant l'indice d'une situation sérieuse et honorable, sinon même prospère. C'était

là sans aucun doute la preuve pertinente que le bilan qui avait précédé la faillite était inexact ou frauduleux.

Il arrivait encore fréquemment, trop fréquemment même, que les administrateurs de la société ne changeassent le mode de présentation du bilan ou bien le mode d'évaluation des différents postes du bilan, sans en avertir l'assemblée des actionnaires ou bien sans y être autorisés par elle, d'où, par suite, ceux-ci n'avaient plus qu'une connaissance très erronée de la véritable situation sociale, ce qui entraînait des répercussions fâcheuses, telle par exemple une distribution de dividendes fictifs.

Avec la dévaluation de la monnaie et la dépréciation du franc, les fraudes et les abus s'étant encore multipliés, le législateur, à juste titre inquiet de cet état de choses, sentit la nécessité d'intervenir en apportant un remède efficace.

C'est dans un décret du 30 octobre 1935 que l'on trouve cette première tentative de réglementation. Ce décret modifiant l'article 35 de la loi de 1867 impose : « L'obligation de présenter aux assemblées d'actionnaires un bilan et un compte de profits et pertes établis dans les mêmes formes que les années précédentes, et les méthodes d'évaluation des divers postes doivent être immuables, à moins que l'assemblée générale, après avoir pris connaissance des motifs exposés dans le rapport des commissaires, n'approuve expressément chacune des modifications apportées soit au mode de présentation des chiffres, soit aux méthodes d'évaluation. »

Puis suivent des questions de réglementation.

Les actionnaires sont toujours à même de prendre connaissance de l'inventaire, du bilan et du compte de profits et pertes et de tous autres documents qui doivent être

communiqués au moins quinze jours avant la date de l'assemblée.

Mais, et ici le décret innove encore, tout actionnaire a la possibilité de prendre connaissance ou copie, à toute époque de l'année, au siège social, par lui-même ou par mandataire, de tous les documents qui ont été soumis aux assemblées générales pendant les trois dernières années et des procès-verbaux de ces assemblées.

C'est un véritable droit de surveillance qui est accordé désormais aux actionnaires, droit susceptible de mettre obstacle aux fraudes qui sont toujours à redouter de la part des administrateurs ou des gérants de mauvaise foi.

D'après les termes mêmes de ce décret, les administrateurs ou les gérants ne peuvent plus changer le mode de présentation des différents postes, ou bien encore les rubriques sous lesquelles ces différents postes sont désignés. Cependant le décret laisse aux administrateurs la possibilité d'opérer une modification devenue indispensable ou jugée nécessaire. Mais pour que cette modification soit possible, il faut que l'assemblée des actionnaires l'ait approuvée. Par conséquent, depuis 1935 aucun changement dans les postes du bilan n'est possible sans cette autorisation préalable des actionnaires.

C'est en application de ce principe, par exemple, que si jusqu'à ce jour les immeubles ont été évalués en francs or, en 1939 le conseil d'administration ne peut les porter au bilan pour une valeur papier. Pour pouvoir opérer cette transformation, il faut l'approbation préalable des actionnaires qui sont juges de l'opportunité d'une telle modification.

Si cette réforme est heureuse, du moins elle est loin d'être pleinement satisfaisante. C'est un premier pas dans

la voie des améliorations, mais ce n'est qu'un premier pas, il reste encore beaucoup à faire. Ainsi il n'y a toujours aucune règle légale imposant dans le bilan tel ou tel poste.

Le législateur n'ayant pas édicté de règles obligatoires pour la présentation des bilans, les administrateurs sont toujours libres de fixer ces postes comme ils l'entendent, sauf l'obligation de les soumettre à l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires ; mesure efficace, certes, mais encore insuffisamment énergique.

C'est dès la confection du bilan qu'éclate le conflit entre actionnaires et porteurs de parts. Et ce conflit est de la force même des choses.

« L'opposition qui dresse les actionnaires contre les porteurs de parts est chronique, écrit M. Rault, elle est de l'essence même de l'institution. En voici deux exemples frappants : les statuts prévoient que les parts de fondateur pourront être rachetées pour un prix déterminé par l'application d'un coefficient de capitalisation donné à la moyenne des dividendes des trois derniers exercices. Les actionnaires auront tout intérêt à fixer pendant quelques années le dividende à un chiffre minime, afin de procéder au rachat des parts dans les conditions les plus avantageuses. L'antagonisme atteint également un degré particulier d'acuité dans l'hypothèse où le droit des parts est limité à un pourcentage sur les bénéfices mis annuellement en distribution, le boni de liquidation étant réservé aux seuls actionnaires ; ceux-ci seront tout naturellement appelés à grossir exagérément le fonds de réserve, à pratiquer de très larges amortissements, à faire preuve de la plus grande parcimonie dans la fixation du dividende annuel. Dans quelle mesure les porteurs de parts sont-ils obligés d'accep-

ter les chiffres adoptés par l'assemblée générale ordinaire des actionnaires ? C'est là une question délicate qu'il importe d'étudier avec le plus grand soin » (1).

La situation s'explique facilement : ce sont les administrateurs — qui ne peuvent jamais être choisis parmi les porteurs de parts — qui établissent le bilan et ce sont les actionnaires qui, en assemblée générale, approuvent l'inventaire et le bilan et qui, surtout, d'après le compte de profits et pertes votent les dividendes distribuables qui seront alors répartis entre les divers ayants droit, dans les limites fixées par les statuts.

Les porteurs de parts, eux, restent totalement étrangers à toutes ces questions. Sans doute, depuis 1929, ont-ils le droit d'assister aux assemblées générales, mais sans voix délibérative. On devine alors quelle va être leur suspicion à l'égard des décisions prises par les assemblées, et on comprend plus facilement leurs revendications.

Tandis que les administrateurs ont le plus grand intérêt à sous estimer tous les éléments de l'actif, « autant dans un but de prévoyance que par crainte du fisc » (2), et que, de leur côté, les actionnaires ont également intérêt à assurer l'avenir et la stabilité de la société, les porteurs de parts, au contraire, n'ont qu'un désir c'est celui de recevoir des dividendes aussi élevés que possible, c'est pourquoi toute décision de l'assemblée générale modifiant les modes d'évaluation du bilan est susceptible de réduire cette participation et provoque, par conséquent, leurs protestations énergiques.

(1) RAULT, *op. cit.*, p. 75.

(2) RIPERT, *C. de droit Com.* 1936-1937.

Nous allons donc, en étudiant les causes de ce conflit, voir comment l'assemblée générale, dans les limites des statuts, peut prendre des décisions susceptibles de nuire aux intérêts des parts.

CHAPITRE III

FIXATION DES AMORTISSEMENTS

L'une des causes du conflit entre les actionnaires et les porteurs de parts d'une société au sujet de l'établissement des comptes, est celle qui a pour origine la fixation des amortissements.

Le mot amortissement est un terme générique qui sert à désigner deux opérations de nature très différente et qu'il ne faut pas confondre : ce sont l'amortissement des actions ou amortissement du capital, et l'amortissement industriel ou amortissement de l'actif.

SECTION I

Amortissement des Actions

En principe, les actionnaires ne sont remboursés de leur apport qu'à la dissolution de la société, or, au cours de la vie sociale, il se peut que les actionnaires reçoivent une somme égale au montant de leur apport ; on dit alors que la société rembourse ses actionnaires, qu'elle remplace les actions d'apport par des actions de jouissance : c'est l'amortissement des actions.

C'est non pas un remboursement de l'action mais bien plutôt une sorte de dividende extraordinaire dont profite

l'actionnaire désigné par le sort. Le capital demeure sauf. C'est à tort que certains auteurs ont voulu voir dans l'amortissement du capital un partage anticipé du fonds social effectué progressivement, une sorte de remise, faite d'avance, de sommes qui normalement n'auraient dû être distribuées qu'à la liquidation, car le capital social doit rester intact jusqu'à la dissolution de la société et cet amortissement ne peut s'opérer qu'au moyen d'un prélèvement sur les dividendes, prélèvement qui sert à constituer un fonds de réserves spécialement affecté à l'amortissement du capital ; ce compte de réserves est de l'essence même de l'opération.

En effet on ne conçoit pas du tout un amortissement consistant en une distribution annuelle d'une très petite quote-part de dividendes ; les actionnaires ne verraient dans cette opération qu'une distribution d'un super-dividende, or ce n'est pas là le but envisagé. C'est pourquoi les sociétés qui veulent amortir leur capital constituent un fonds de réserves extraordinaires ou complémentaires spécialement affecté à cette opération et quand elles estiment que ce compte atteint un chiffre suffisant, elles commencent à amortir le capital par voie de tirage au sort.

C'est une opération analogue au remboursement des obligations, mais alors que l'amortissement des obligations est toujours obligatoire pour la société, l'amortissement du capital, au contraire est facultatif, à moins qu'il ne soit expressément prévu dans les statuts.

L'amortissement des actions se résume, au fond, en une constitution de réserves « établies dans l'intérêt des actionnaires, destinées à leur être distribuées tôt ou tard, mais restant néanmoins pendant leur existence la propriété de

la société et affectées comme le reste du patrimoine social à la garantie des droits des créanciers. Ces réserves, une fois constituées, vont peut-être être conservées très peu de temps dans le patrimoine social. Dès que la société aura amassé des ressources suffisantes, elle s'en servira pour distribuer aux actionnaires des sommes représentant tout ou partie de leurs apports... Il y a intérêt, à notre sens, à discerner dans l'opération la constitution de réserves effectivement réalisée ; cette constitution ne durera qu'un instant de raison, si elle est suivie d'une distribution immédiate ; mais il n'y en aura pas moins eu constitution de réserves avec toutes les conséquences qui peuvent être établies et employées » (1).

Etant donné que sans aucun doute cette opération aboutit en réalité à une constitution pure et simple d'un compte de réserves, l'amortissement des actions rentre dans notre paragraphe consacré à la constitution des réserves.

Cette opération d'amortissement doit se plier aux règles que nous dégagerons ultérieurement au sujet de cette constitution des différents comptes de réserves. Nous verrons alors qu'au cas où un compte de réserves pour l'amortissement du capital est expressément prévu par les statuts, les porteurs de parts n'ont qu'à s'incliner et à supporter le prélèvement opéré par les administrateurs et approuvé par l'assemblée ordinaire.

Au contraire, au cas où ce compte n'est pas prévu par les statuts, les porteurs de parts sont en droit de s'élever contre une telle opération, à moins que le fonds de réserves destiné à l'amortissement soit constitué au moyen de som-

(1) AMIAUD, *Des comptes de Réserves*, p. 58.

mes prélevées sur les dividendes distribuables aux actionnaires seuls.

Il n'y a donc pas lieu de s'attarder sur cette opération que nous retrouverons plus loin.

SECTION II

Amortissements industriels

Par amortissement, on entend en second lieu l'amortissement du matériel, l'amortissement du capital social.

Par la force même des choses, les immeubles qui composent l'actif social et surtout les immeubles sociaux se déprécient : c'est la conséquence de l'usure. Il en est ainsi spécialement quand il s'agit de mines dont les richesses s'épuisent ou bien encore de machines, d'outillage qui se dévalorisent par l'usage, qui se démodent rapidement étant sans cesse remplacés par des appareils plus perfectionnés.

Il faut donc chaque année diminuer leur valeur dans les bilans et inventaires.

« L'amortissement est la constatation de la moins value de l'actif immobilisé par rapport au chiffre pour lequel il était passé au dernier bilan » (1).

Cet amortissement peut être effectué de deux façons : soit en portant à l'actif les biens qui en font l'objet pour leur valeur réelle, actuelle, déduction faite de la dépréciation, soit en maintenant à l'actif leur valeur primitive et en portant au passif à un compte d'amortissement une somme égale à la moins-value.

Il ne faut pas confondre les comptes d'amortissements

(1) Pierre VIDAL, thèse, Paris, 1929, p. 41.

avec les comptes de réserves : ce sont en effet deux comptes aisément confondables, ce qui peut faciliter certains agissements frauduleux de la part des administrateurs ou des gérants.

Quelques auteurs frappés de cette confusion par trop facile prétendent que dans de nombreux cas les comptes pour amortissements, en réalité, ne servent qu'à dissimuler un compte de réserves occultes. « La démarcation entre le compte d'ordre et le compte de réserves ne peut jamais être bien faite en pratique, écrit à ce sujet M. Amiaud, mais il y a plus, beaucoup de sociétés ne semblent pas comprendre l'importance qu'il y a à séparer nettement les comptes de réserves des comptes d'amortissement et ne prennent pas soin de porter à des comptes séparés les différentes opérations qu'elles prétendent réaliser, on trouve ainsi dans les bilans des comptes présentant un double caractère, compte d'amortissement pour partie, compte de réserves pour l'autre » (1).

M. Amiaud prétend que cette confusion entre les deux comptes est une ruse à laquelle certaines sociétés ont recours pour créer des réserves occultes à l'encontre des droits des actionnaires de la minorité et des porteurs de parts.

Mais en principe cette confusion, favorisant la fraude, ne devrait pas être possible.

Il est un fait certain, c'est que les amortissements ne présentent pas du tout les mêmes caractères que les réserves, alors que les amortissements industriels constituent une mesure de réparation, les réserves au contraire correspondent, elles, à une mesure de prévoyance. Les amortis-

(1) AMIAUD, *op. cit.*, p. 31.

sements, en réalité, constituent une charge sociale rentrant dans les frais généraux, alors que les réserves ne peuvent être prélevées que sur les bénéfices révélés par le solde du compte de profits et pertes. Mais — et voilà d'où vient la confusion — c'est qu'en pratique il arrive trop souvent que beaucoup de sociétés prélèvent les amortissements sur les bénéfices nets seulement quand les produits de la société le permettent, alors que ce prélèvement devrait être annuel, même si la société n'a pas et ne distribue pas de bénéfices, car cet amortissement a pour but de parer à l'épuisement et à l'usure des biens corporels composant le patrimoine social. C'est un aspect qu'il ne faut pas perdre de vue. Du reste quand c'est sous cet angle que l'on envisage les amortissements, on arrive rapidement à cette solution, c'est qu'ils sont aussi obligatoires dans les années d'adversité que dans les années de prospérité.

Par conséquent, en réalité, l'assemblée générale ne devrait voter le montant des bénéfices nets annuels que quand l'amortissement aurait été lui-même opéré. Lorsque ce prélèvement n'est effectué qu'après coup les comptes de la société sont inexacts.

« L'amortissement, écrit M. Houpin, ne saurait être subordonné à l'existence de bénéfices et il doit être prélevé sur les produits bruts avant la fixation des bénéfices » (1).

La jurisprudence semble bien se prononcer dans ce sens quand elle déclare que les porteurs de parts ne peuvent pas s'élever contre la constitution d'un fonds d'amortissement voté par l'assemblée générale ordinaire, sous le prétexte qu'il n'est pas prévu par les statuts, car il y a là une mesure dont le conseil d'administration et l'assemblée

(1) HOUPIN, *op. cit.*, III, p. 545.

générale sont seuls juges, à moins que les porteurs de parts n'apportent la preuve formelle que cette constitution est contraire aux stipulations des statuts ou bien ait été opérée en fraude de leurs droits. « Du reste, déclare la Cour de Paris, les porteurs de parts ne peuvent prétendre au tantième à eux alloué que sur le bénéfice net fixé après tous les prélèvements effectués par les assemblées générales régulièrement constituées et délibérant dans leur souveraineté sur la proposition du conseil d'administration auquel seul appartient, avec les pouvoirs les plus étendus, la gestion des affaires de la société » (1).

L'étude de cette question des amortissements peut sembler déplacée dans ce titre consacré aux droits des porteurs de parts sur les bénéfices annuels puisque, en réalité, les amortissements, avons nous dit, rentrent dans les charges sociales. Mais nous avons expliqué pourquoi, en raison de la pratique de certaines sociétés commerciales qui ont pris l'habitude de les prélever sur les bénéfices, nous jugeons nécessaire d'examiner cette question ici.

En définitive, dans beaucoup de cas, les amortissements s'opèrent comme les réserves, au moyen d'un prélèvement sur les bénéfices nets au détriment des droits des porteurs de parts aussi bien que de ceux des actionnaires de la minorité, ce qui est l'origine d'un conflit, comme nous le signalions au début de ce chapitre.

En effet, quelles que soient les circonstances, le conseil d'administration et l'assemblée générale des actionnaires ont, même en l'absence de toute stipulation statutaire, le droit et le devoir de procéder à ces amortissements, pour

(1) C. de Paris, 16 juil. 1896, *J. S.* 1896, p. 420.

l'évaluation exacte de l'actif et dans l'intérêt bien compris de la société.

L'assemblée générale, selon les cas et les dispositions du pacte social, doit approuver ou peut opérer elle-même ces amortissements. Les décisions de l'assemblée ordinaire dans ce domaine sont souveraines et opposables aux porteurs de parts. Ces derniers ne peuvent pas les critiquer puisqu'ils n'ont pas le droit de s'immiscer dans la gestion sociale ; ils peuvent tout au plus invoquer un abus de droit ou une fraude de la part de l'assemblée générale.

Or — et c'est là que réside la difficulté — si la loi exige la formation d'un fonds de réserve, elle n'impose nullement la constitution d'un fonds d'amortissement.

Comment peut-on l'imposer aux porteurs de parts ? Comment la justifie-t-on ?

Cette constitution d'un fonds d'amortissement est exigée par la nécessité pratique ; elle est obligatoire même dans le silence des statuts.

Sans doute le pacte social contient-il, le plus souvent, des dispositions concernant la constitution d'un fonds d'amortissement contre lequel les porteurs de parts ne peuvent protester. Mais, et c'est là le point crucial, il n'est pas possible de fixer statutairement le quantum du prélèvement annuel, car c'est une évaluation absolument impossible à faire d'avance : aussi les statuts se bornent-ils donc à imposer ce fonds d'amortissement, laissant aux administrateurs de pleins pouvoirs d'appréciation pour en fixer le quantum.

C'est donc l'assemblée générale qui vote le montant de la somme qui doit être annuellement prélevée au profit de la constitution de ce compte d'amortissement. Les porteurs de parts doivent donc s'incliner devant les décisions

de l'assemblée, ils ne peuvent les critiquer que si les administrateurs et les actionnaires ont excédé les pouvoirs qui leur ont été concédés, ou bien s'ils ont abusé de leurs droits, ou bien encore s'ils ont dénaturé les termes du contrat.

Mais à côté de cette situation, il en est une autre encore plus délicate : c'est celle où les statuts ne contiennent aucune disposition particulière imposant la constitution de ce fonds d'amortissement. C'est dans ce cas que le conflit qui oppose les porteurs de parts aux actionnaires va être le plus grave et va se présenter avec toute son acuité.

Voici en général quelles sont les causes de ce conflit.

Dans le silence des statuts, ce sont les administrateurs qui doivent fixer, avant la clôture annuelle du bilan, le montant de la somme à prélever pour le compte d'amortissement. C'est l'assemblée générale qui approuve ensuite ce prélèvement. Si les administrateurs n'ont pas fixé la somme à prélever, c'est à l'assemblée générale que revient cette fonction. La constitution de ce compte est un acte de prévoyance et de sage administration, mais seuls sont réguliers et exempts de toute revendication les amortissements effectués conformément aux usages et inspirés par des nécessités d'ordre spécial.

Quels sont les droits des porteurs de parts à l'égard de ce compte d'amortissement ? Quelle est leur attitude ?

Leur premier réflexe est de critiquer toute mesure susceptible de porter atteinte à l'intégrité de leurs droits.

Il est évident que le prélèvement pour la constitution de ce fonds d'amortissement va diminuer d'autant la participation des porteurs de parts dans les dividendes distribuables.

Certains auteurs, pourtant, ont soutenu que les porteurs

de parts n'ont aucun intérêt à critiquer les amortissements qui ne leur causent, en réalité, aucun préjudice, puisqu'à la liquidation ils retrouvent la compensation du sacrifice imposé dans l'intérêt vital de la société.

Nous réfuterons cet argument qui nous semble loin d'être convaincant. En effet, si cet argument est défendable quand les porteurs de parts ont un droit sur les boni de liquidation, il n'est nullement exact, au contraire, quand les porteurs de parts sont expressément exclus du partage des bénéfices de liquidation, c'est un point que nous examinerons de plus près dans notre titre deuxième.

Les porteurs de parts ont donc tout à fait le droit de s'élever contre la constitution de ce compte quand il semble manifestement exagéré et qu'il n'est plus conforme à l'esprit du contrat. L'assemblée ne peut leur imposer que des amortissements correspondant à la dépréciation réelle de l'actif. Dans tous les autres cas, ils peuvent les critiquer en invoquant une fraude en vue de les frustrer soit directement, soit indirectement de la quote-part des dividendes qui doit leur revenir.

Les tribunaux saisis d'un conflit de cette espèce doivent agir avec la plus grande prudence. Ils doivent examiner minutieusement tous les termes des statuts, puis juger si l'assemblée a ou non réellement dénaturé leur sens, ou bien si elle a outrepassé les droits qu'ils lui concèdent.

Dans la majorité des cas, les tribunaux insistent sur ce point : ils n'admettent pas que les porteurs de parts, n'invoquant que le seul caractère d'excès de pouvoirs et de préjudice subi, puissent se permettre de critiquer les amortissements. Ils exigent, pour que leur recours soit valable, que la délibération ait été votée en fraude des

statuts ou bien qu'elle interprète abusivement les termes mêmes du pacte social.

Le tribunal civil de la Seine a consacré ce principe dans un jugement du 17 avril 1897 : « Attendu, stipulent les juges, que l'action des porteurs de parts est recevable : Qu'en vain la compagnie soutiendrait-elle que les porteurs de parts n'ayant pas eu le droit d'assister aux assemblées générales ne peuvent critiquer ces assemblées qui ont approuvé les bilans et fixé le chiffre des amortissements, qu'on ne peut, en effet, juridiquement prétendre que les assemblées générales soient omnipotentes et que leurs décisions violeraient ou dénatureraient les dispositions du pacte social ; que les porteurs de parts ont sans doute accepté que les amortissements soient réglés par les assemblées générales, mais qu'ils n'y ont consenti qu'à la condition, nécessairement sous entendue et de bonne foi, comme dans tous les contrats, que la fixation ne saurait être faite que conformément aux stipulations du contrat et aux usages de la matière et qu'elle ne dissimulerait pas abusivement, sous couleur des prélèvements autorisés, la constitution arbitraire de réserves antistatutaires, n'ayant d'autre but que de soustraire des gains acquis et distribuables, à la distribution normale des bénéfices... (1).

Le tribunal donne une solution très précise au conflit ; il consacre en termes précis l'étendue des droits de porteurs de parts à l'encontre des décisions abusives de l'assemblée générale en matière d'amortissements. Il dicte la ligne de conduite à suivre dans l'avenir, ligne de conduite à laquelle d'ailleurs s'est ralliée la majorité de la doctrine.

En effet, à l'heure actuelle, la doctrine, d'une manière

(1) Trib. civ. de la Seine, 29 avril 1897. — *Journ. des Soc.* 1897, p. 457.

générale, estime que les administrateurs et les assemblées générales ne doivent jamais sous couleur d'amortissements constituer un compte de réserves occultes non prévues par les statuts, car ce compte dissimule sans aucun doute une fraude tendant à frustrer de leurs droits les porteurs de parts et les actionnaires de la minorité.

Si ces associés arrivent à dépister la fraude, ils peuvent alors, selon les circonstances, exiger soit la révision des évaluations frauduleuses, soit une indemnité compensant le préjudice subi.

C'est en raison de la fraude à laquelle la fixation des amortissements est susceptible de donner lieu dans l'établissement des comptes, et par suite du préjudice qui en résulte pour les porteurs de parts, qu'il était indispensable d'examiner dans ce titre les questions s'y rattachant.

CHAPITRE IV

LA CONSTITUTION DES RESERVES

La deuxième cause du conflit qui oppose actionnaires et porteurs de parts a pour origine la constitution des réserves.

Au passif des bilans des sociétés figurent divers comptes de réserves : réserves légales, réserves supplémentaires, réserves pour risques éventuels divers...

Les réserves sont constituées à l'aide des bénéfices réalisés par l'entreprise et non distribués entre les divers ayants droit à ces bénéfices mais retenus pour des raisons variées : c'est pourquoi, au bilan, ces comptes figurent à des postes différents.

Nous allons examiner les règles qui régissent ces divers comptes de réserves qui n'ont pas tous la même origine, ni la même nature et par suite ne répondent pas aux mêmes besoins.

La loi de 1867 impose à toute Société par actions l'obligation de constituer un fonds de réserve destiné à assurer l'intégrité du capital social : c'est la réserve légale.

Ce fonds de réserve est destiné autant à pourvoir aux besoins urgents et imprévus qu'à couvrir les pertes extraordinaires.

C'est l'article 36 de la loi qui déclare qu'« il doit être fait annuellement sur les bénéfices nets un prélèvement d'un vingtième, au moins, affecté à la formation d'un fonds de réserves. Ce prélèvement cesse d'être obligatoire quand le fonds de réserves atteint le dixième du capital social. »

Si la loi impose une telle mesure aux sociétés par actions c'est dans un esprit de sage prévoyance, tant dans l'intérêt des sociétés, pour créer la confiance à leur égard, que dans l'intérêt des tiers, pour les protéger contre les fraudes toujours à redouter.

Dans les sociétés d'assurance et les sociétés de capitalisation, les constitutions de fonds de réserves tiennent une place considérable. Elles font l'objet d'une réglementation particulièrement minutieuse et elles sont soumises à des obligations très spéciales et très strictes qui se justifient par le but même que poursuivent ces entreprises dont toute la stabilité économique repose sur l'existence de réserves sûres et solides.

Les comptes de réserves dans les sociétés commerciales ne répondent sans doute pas aux mêmes besoins, ni aux mêmes nécessités : dans ces entreprises les fonds de réserves correspondent surtout à une idée de crédit afin de donner confiance aux tiers avec lesquels la société contracte.

Le législateur a fixé un taux minimum pour ce prélèvement — cinq pour cent — et il a expressément autorisé les administrateurs à l'arrêter quand le fonds de réserve légale aurait atteint une somme égale au dixième du capital social. Le législateur a estimé que la garantie ainsi constituée était suffisante.

Quand ce chiffre ainsi imposé par la loi est atteint, que va-t-il se passer ?

Si les statuts ont prévu le cas, leurs prescriptions sont

obligatoires pour tous les associés qui n'ont qu'à s'y soumettre.

Au contraire, en cas de silence des statuts, à quel parti doit-on s'arrêter ? Le législateur s'est contenté d'autoriser la cessation des prélèvements, il n'impose pas du tout cette cessation, c'est un minimum qu'il a fixé, il ne parle nullement d'un maximum. C'est l'assemblée des actionnaires qui devra se prononcer. Elle peut opter entre deux partis.

Ou bien, s'en tenant aux termes du texte législatif, elle peut décider que désormais, sauf possibilité de modifications ultérieures, le compte est clos.

Ou bien, au contraire, la loi ne fixant qu'un minimum, elle peut s'arrêter au parti opposé et décider de continuer ce prélèvement momentanément, sans fixer aucune limite, ni délai.

Quelle va être l'attitude des actionnaires de la minorité et surtout des porteurs de parts devant cette décision qui porte directement atteinte à leurs droits, diminuant d'autant leur participation lors de la distribution des dividendes ? Peuvent-ils s'élever contre cette décision ou bien doivent-ils en supporter les conséquences dans toute leur rigueur ?

C'est ce que nous allons voir à propos des réserves extraordinaires, car il ne s'agit plus là d'un fonds de réserves légales, mais bien certainement d'un fonds de réserves extraordinaires.

En effet, à côté du compte de réserves légales figurent au bilan d'autres comptes de réserves, notamment des comptes de réserves complémentaires ou statutaires et aussi les comptes de réserves extraordinaires.

Il arrive très fréquemment que, dans le pacte social, une disposition statutaire prévoit un prélèvement spécial,

autre que le prélèvement légal obligatoire, pour la constitution d'un fonds de réserves complémentaires, encore appelé fonds de réserves statutaires. Les stipulations des statuts relatives à ces réserves complémentaires sont obligatoires pour tous les associés au même titre que toutes les autres dispositions du pacte social. Les difficultés ne surgissent donc que si l'assemblée générale, déformant les termes des statuts, outrepassé ses pouvoirs, ou bien si les administrateurs, au cours de la vie sociale, décident de modifier les statuts en matière de réserves complémentaires. D'ailleurs, dans ce dernier cas, il s'agit d'une modification statutaire qui doit obéir aux règles imposées par la loi pour toutes modifications des statuts : c'est ainsi qu'il faut une décision non plus de l'assemblée ordinaire, mais de l'assemblée extraordinaire et dans les sociétés où il y a des parts de fondateur, cette décision n'est opposable à leurs titulaires que si ces derniers l'ont approuvée à la majorité dans leur assemblée.

Ces deux comptes de réserves, réserves légales et réserves statutaires, étant très minutieusement prévus et réglementés par la loi ou par le contrat n'offrent donc prise à aucune difficulté particulière et ne nécessitent pas un examen prolongé. Il n'en est pas de même d'un troisième compte de réserves que l'on rencontre aussi très fréquemment dans les bilans des sociétés, ce sont les comptes de réserves extraordinaires.

Ces réserves qui ne sont prévues ni par la loi, ni par les statuts, dépendent uniquement des caprices de l'assemblée des actionnaires, c'est pourquoi elles vont faire l'objet d'une étude spéciale de notre part.

Nous allons chercher à déterminer quelles sont exacte-

ment la nature et l'étendue des pouvoirs de l'assemblée des actionnaires dans ce domaine.

« Les comptes de réserves extraordinaires, déclare M. Amiaud, n'étant ni prévus par les statuts, ni prescrits par la loi, sont établis en vertu de décisions absolument libres et renouvelées chaque année d'un des organes de la Société, en principe l'assemblée générale des actionnaires.

En France, on ne s'arrête que trop rarement à cette différence d'origine : on confond en général, tous ces comptes sous l'appellation commune, prise cette fois en un sens large de comptes de réserves extraordinaires ; il est pourtant fréquemment nécessaire de les distinguer les uns des autres » (1).

M. Amiaud déplore, dans ce passage cité, la confusion commise par certains auteurs entre les comptes de réserves statutaires et les comptes de réserves extraordinaires.

Les comptes de réserves statutaires sont constitués librement, avec les modalités les plus diverses, suivant les différentes conceptions qui règnent dans les Sociétés et aussi suivant le but envisagé. La liberté la plus grande préside à l'établissement de la réglementation qui leur est appliquée et elle s'impose à tous les associés.

Or si tout se passe facilement et normalement quand les statuts prévoient expressément la constitution d'un fonds de réserve complémentaire et déterminent minutieusement le maximum du pourcentage qui peut être prélevé chaque année sur les bénéfices à cet effet, il n'en est plus de même quand les statuts laissent une certaine liberté sur ce terrain à l'assemblée générale des actionnaires, ou bien quand, ayant prévu la constitution de ce fonds de réserves

(1) AMIAUD, *op. cit.*, p. 41.

complémentaires, ils stipulent que tout prélèvement cesse d'être obligatoire lorsque le fonds de réserves a atteint un chiffre déterminé ou un pourcentage défini par rapport au capital social. Si le maximum prévu est atteint, le prélèvement devient alors facultatif. Or quels sont exactement les pouvoirs de l'assemblée des actionnaires en matière de constitution d'un fonds de réserves extraordinaires ? Cette assemblée peut-elle en toutes circonstances et en dehors de toute clause des statuts, après le prélèvement obligatoire pour le fonds de réserve légale, imposer aux porteurs de parts un prélèvement supplémentaire pour la constitution d'un fonds de réserves extraordinaires ? Les décisions de l'assemblée générale des actionnaires dans ce domaine vont-elles être, en toutes circonstances, opposables aux actionnaires de la minorité et surtout aux porteurs de parts ? N'y a-t-il pas au contraire un abus de pouvoir de la part de l'assemblée qui décide de retenir les bénéfices aux dépens des droits des divers ayants droit à ces bénéfices ?

Voici les questions qui se posent.

C'est là l'une des sources des difficultés les plus aigües entre actionnaires et porteurs de parts, car, le plus souvent, les assemblées d'actionnaires agissent absolument librement et leurs décisions peuvent varier d'une année sur l'autre suivant les besoins de la cause ; et puis, très souvent aussi, il ne faut pas se leurrer, leurs décisions, sur ce point, dissimulent une fraude dirigée directement contre les porteurs de parts, en vue de diminuer leurs droits aux dividendes. C'est pourquoi ces derniers se méfient toujours beaucoup de ces comptes de réserves extraordinaires et ont une tendance instinctive à s'élever contre toutes les décisions de l'assemblée des actionnaires relatives à la

constitution de réserves non prévues originairement dans les statuts.

Aussi, sauf de rares exceptions, les porteurs de parts, ne manquent-ils jamais de protester contre les délibérations des actionnaires relatives à ces comptes de réserves extraordinaires et leur attitude se justifie d'autant plus que, sans aucun doute, ces prélèvements peuvent diminuer considérablement la portion des dividendes distribuables dont ils sont les premières victimes : parfois même, ce prélèvement peut absorber la totalité des bénéfices supprimant de ce fait, à la clôture de l'exercice, toutes distributions de dividendes entre les divers ayants droit. On comprend que de tels agissements, loin d'être favorables aux porteurs de parts soient accueillis avec une certaine mauvaise grâce par ces derniers qui, sceptiques quant à la sincérité et l'opportunité de telles délibérations, sont tentés d'y faire opposition. Mais quel accueil est réservé à leur opposition ?

Or si la constitution d'un compte de réserves extraordinaires de la part des sociétés a été depuis une cinquantaine d'années la source de conflits fréquents entre actionnaires et porteurs de parts et a donné naissance à une jurisprudence abondante, il s'agit de rechercher si la loi de 1929 contient une disposition relative à ce sujet mettant fin à toute difficulté pour l'avenir.

Sans doute, la plupart des statuts des sociétés devant les difficultés de plus en plus nombreuses soulevées par cette question ont-ils pris soin de régler minutieusement tous les points relatifs à la constitution d'un compte de réserves extraordinaires afin d'éviter les difficultés.

Mais, si complets et si prudents qu'ils soient, les statuts ne peuvent tout prévoir et on ne peut espérer par un

contrat éviter toutes difficultés dans l'avenir. C'est pourquoi il faut étudier avec soin cette question de la constitution d'un fonds de réserves extraordinaires avec tous les problèmes qu'elle soulève. Nous commencerons par examiner la situation antérieure à la loi de 1929, ce qui nous amènera à passer en revue toutes les théories tant doctrinales que jurisprudentielles, pour aboutir à la loi de 1929 et rechercher alors quelle est l'influence de cette loi sur la question des réserves. Nous rechercherons si cette loi, par ses dispositions nouvelles a totalement anéanti la jurisprudence antérieure, ou bien si cette jurisprudence peut être encore invoquée avec quelque chance de succès.

Voici les différentes questions que nous allons étudier dans ce chapitre.

SECTION I

Situation avant la loi de 1929

Avant la loi de 1929, quelle était l'attitude généralement adoptée à l'égard des réserves extraordinaires ?

Alors que la doctrine et la jurisprudence étaient d'accord pour déclarer que les porteurs de parts ne sont jamais admis à critiquer les délibérations qui attribuent à la réserve un chiffre égal à celui imposé par le législateur ou même un chiffre supérieur du moment qu'il ne dépasse pas le maximum fixé dans les statuts, au contraire elles n'étaient plus d'accord quand il s'agissait de délimiter les droits des porteurs de parts, notamment lorsque l'assemblée générale, au cours d'une de ses délibérations, adoptait un chiffre supérieur à celui qui avait été adopté soit légalement, soit statutairement, ou bien lorsque, en dehors de

toute stipulation des statuts, elle décidait de procéder à la constitution d'un fonds de réserves extraordinaires.

Même en doctrine, les auteurs étaient loin d'être unanimes dans leurs opinions.

Certains auteurs, comme M. Wahl, prétendaient que cette délibération était valable et qu'elle était obligatoire pour les porteurs de parts, sous prétexte que dans le silence des statuts, l'assemblée peut prendre toutes les décisions qu'elle juge opportunes dans l'intérêt strict de la société et pour la prospérité de l'entreprise.

D'autres auteurs, au contraire, soutenaient que les délibérations de l'assemblée générale des actionnaires n'étaient jamais opposables aux porteurs de parts. A l'appui de leur théorie, ils faisaient valoir qu'accepter la solution des pouvoirs très larges de l'assemblée des actionnaires c'était consacrer le droit pour la Société, en toutes circonstances, de violer le contrat qui la lie aux divers ayants droit aux bénéfices. Pour ces auteurs, l'assemblée générale ordinaire était impuissante à apporter aucune modification au contrat passé entre la société et ces divers groupes d'associés et en particulier, à constituer, sans avoir au préalable obtenu leur consentement, des réserves extraordinaires dont la constitution peut être très préjudiciable et même dangereuse pour eux.

Pour qu'un fonds de réserves puisse être voté et pour que cette délibération soit opposable à tous, il était, de l'avis de ces auteurs, absolument indispensable d'obtenir l'assentiment préalable et individuel de chaque intéressé.

Cette dernière théorie était très discutable car elle était difficilement conciliable avec les nécessités de la pratique et avec les obligations auxquelles accepte de se soumettre une société qui a émis des parts de fondateur. Car de

même que tous les actionnaires sont à la merci du vote de la majorité, de même les relations des porteurs de parts et de la société sont telles qu'elles ne puissent jamais gêner en rien la gestion des administrateurs, tant que cette gestion ne vise qu'à une bonne administration des intérêts de la société en tant qu'entité, que personne morale : il n'en est plus de même, bien sûr quand la société dépasse ses pouvoirs ou bien abuse du droit qui lui est concédé non dans l'intérêt social, mais pour nuire aux divers associés.

Entre ces deux conceptions extrêmes, une troisième conception s'était peu à peu dégagée.

Cette théorie formait une moyenne entre les deux précédentes.

D'après elle, l'assemblée générale ne devait jamais interpréter le silence des statuts à l'encontre des intérêts des associés, sauf quand une telle interprétation était commandée par la nécessité du moment, pour faire face à des aléas spéciaux et imprévus.

« L'assemblée, écrivait à ce propos M. Chavegrin, ne peut faire échec à la répartition normale des gains, car ce serait amoindrir les droits que les porteurs de parts ont en vertu du contrat. Si donc on prescrit la formation d'une réserve extraordinaire, cette décision ne leur est opposable que quand elle paraît nécessaire pour assurer dans l'avenir la marche de l'exploitation et la continuation des bénéfices. En ce cas, les prélèvements constituent des sacrifices nécessaires imposés par la nature de l'entreprise : ce sont des actes de bonne gestion que les associés ont dû prévoir en traitant ; la répartition des gains telle qu'elle s'opère, après la mise au fonds de réserve est parfaitement

normale. En toute autre hypothèse le contrat est violé » (1).

Pour cet auteur, le prélèvement pour la constitution d'un compte de réserves extraordinaires ne se justifie que lorsqu'il s'agit de faire face à des événements imprévus risquant d'ébranler l'équilibre social. Dans tous les autres cas, ces prélèvements n'étaient jamais justifiés.

M. Percerou optait pour le même principe : « La solution, écrivait cet auteur, dépend évidemment avant tout des termes des statuts qui font la loi des parties. Si l'assemblée générale des actionnaires se borne à voter les réserves autorisées par les statuts, en leur donnant la destination votée par ceux-ci, il n'est pas douteux que ce vote lie les porteurs de parts. Bien plus, même en l'absence d'une clause de l'acte de société autorisant les réserves spéciales, on admet généralement que si le prélèvement fait pour constituer une réserve (même non prévue par les statuts) apparaît comme dicté exclusivement par le souci des intérêts de la société, il doit être accepté par les porteurs de parts » (2).

Seul l'intérêt social peut justifier la constitution d'un fonds de réserves extraordinaires ; en dehors de ce cas, elle ne peut se justifier d'aucune façon : c'est ce que M. Percerou, insistant sur ce point, n'hésitait pas à réaffirmer plus loin dans cette même note : « Si large pourtant que l'on soit dans l'appréciation des pouvoirs de l'assemblée vis-à-vis des porteurs de parts, encore faut-il, pour que les prélèvements sur les bénéfices en vue de constituer une réserve leur soient opposables, que cette mesure ait été

(1) CHAVEGRIN, note, S. 1889.1..417.

(2) PERCEROU, note sous arrêt de la C. de Paris, 8 juin 1901, D. P. 1902.2.7.

prise réellement dans l'intérêt de la société. Elle doit s'inspirer de l'intérêt commun de tous les associés et peser sur tous d'une manière égale. Mais s'il apparaît qu'elle est prise dans l'intérêt exclusif des uns et au détriment des autres, s'il ressort des circonstances que le prélèvement extraordinaire sur les bénéfices n'a été décidé que dans le but de faire fraude, au profit des actionnaires, aux droits des porteurs de parts, ceux-ci ont alors le droit de demander la distribution immédiate des bénéfices indûment retenus » (1).

M. Percerou, de même que M. Chavegrin, était très net dans ses conclusions. Pour cet auteur, du moment que les porteurs de parts avaient adhéré au pacte social, l'assemblée des actionnaires ne pouvait jamais, sans leur consentement, soit augmenter leurs charges, soit diminuer d'aucune manière leurs avantages, à moins que cette augmentation ou cette diminution ne fussent justifiées par l'intérêt immédiat et bien compris de la société.

Mais si pour des besoins indéterminés, par simples mesures de prévoyance, les administrateurs projetaient de constituer un fonds de réserves extraordinaires, alors dans ce cas, l'assemblée, en ratifiant le projet, manquait à ses engagements et les porteurs de parts étaient en droit de s'élever contre une telle délibération pour en demander, selon les circonstances, soit la réparation, soit la nullité.

C'était aussi la même idée que consacrait M. Lecouturier quand il déclarait : « Un prélèvement non prévu par le contrat n'est légitime qu'autant qu'il est commandé par les circonstances qu'elle (l'assemblée générale) appréciera dans sa sagesse. En dehors de ce cas elle doit ordonner la

(1) PERCEROU, *op. cit.*, p. 7.

distribution de tous les bénéfices disponibles à moins, bien entendu, que tous les intéressés consentent à ce qu'on mette une fraction en réserve » (1).

De ce passage, il ressort qu'en dehors du cas où la constitution d'un compte de réserve était justifiée par une raison d'intérêt social, pour pouvoir l'imposer aux associés dans toute autre circonstance il fallait avant tout solliciter et obtenir l'assentiment unanime de ces derniers sans exception : en réalité, une semblable opération devenait matériellement impossible.

Quant à la jurisprudence, pour sa part, tantôt elle prononçait la nullité de la délibération de l'assemblée générale, lorsque par exemple cette décision semblait manifestement contraire aux stipulations des statuts, tantôt, au contraire, elle accordait aux porteurs de parts ou aux actionnaires dissidents une indemnité, lorsque la délibération ne dépassait pas les limites des statuts, mais que malgré tout elle était manifestement abusive à l'encontre des porteurs de parts.

Sur ce point la ligne de conduite de la jurisprudence a toujours été à peu près constante avant la loi de 1929. Si feuilletant les recueils de jurisprudence des cinquante dernières années nous trouvons des décisions judiciaires accordant aux porteurs de parts le droit d'invoquer la nullité des délibérations autorisant des prélèvements non prévus par les statuts ou bien détournant les réserves de leur affectation normale, nous en trouvons d'autres, au contraire, qui n'hésitent pas à valider les réserves extraordinaires justifiées par l'intérêt social.

C'est ainsi que la Cour de Paris, dans un arrêt du 8 juin

(1) LECOUTURIER, *J. S.* 1902, p. 289.

1901, n'hésitait pas à déclarer que, « considérant que si aux termes de l'article 43 des statuts, l'assemblée générale des actionnaires, sur la proposition du conseil d'administration, est maîtresse de fixer sans limitation aucune, à partir de la septième année du fonctionnement de la société le quantum des réserves spéciales, encore faut-il, conformément à la lettre et à l'esprit des statuts, que ces réserves soient destinées à l'utilité de l'exploitation sociale, et non pas à l'amélioration du capital social formé uniquement de la réunion des actions et dans lequel n'entrent pas les parts bénéficiaires qui ne sont jamais délivrées en échange du versement direct d'une somme d'argent » (1).

On trouvait déjà la même affirmation dans un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine du 5 mai 1884 : « Attendu, stipulait le tribunal, que si les actionnaires ont le pouvoir de fixer les prélèvements qu'ils estiment indispensables à l'effet de constituer des réserves, et si sages même que puissent être ces décisions, ils sont tenus de satisfaire préalablement aux engagements pris et de donner aux porteurs de parts la rémunération promise. Or la société ne justifiant pas de faits, ni de circonstances d'une nature particulière propres à annihiler les bénéfices pour les verser à un fonds social de prévoyance, ces dits bénéfices doivent être mis en distribution conformément aux stipulations des statuts » (2).

Le Tribunal de Commerce de la Seine n'exprimait pas une autre idée que celle reprise quelques années plus tard par la Cour de Paris. La jurisprudence, dans ces deux espèces, proclamait le droit, incontestable, pour les porteurs

(1) C. de Paris, 8 juin 1901, D. P. 1902.2.7.

(2) Trib. de Com. de la Seine, 5 mai 1884, *G. P.* 1884.2 *sup.* 88.

de parts, d'exiger la distribution des bénéfices qui auraient dû leur revenir sans la constitution de ce compte de réserves extraordinaires que les statuts ne prévoyaient nullement et qu'aucun événement extérieur ne justifiait. Pour les juges du fond toute décision contraire aurait dénaturé l'étendue des pouvoirs reconnus à l'assemblée générale des actionnaires. « L'assemblée est chargée de fixer l'importance des bénéfices à répartir, mais elle doit se conformer aux statuts qui limitent sur ce point, comme sur tous les autres, son pouvoir d'une manière rigoureuse » (1).

A côté de ces décisions en faveur des intérêts des parts de fondateur, il s'en trouve d'autres, avons-nous dit, qui repoussent, au contraire, les actions des propriétaires de parts, ratifiant de la sorte les prélèvements opérés sur les bénéfices pour la constitution d'un fonds de réserves extraordinaires. Mais cette jurisprudence se justifiait par une raison d'intérêt social. Elle ne validait que les décisions uniquement dictées par les circonstances et conformes à une prévoyante administration. C'est l'affirmation de ce principe que l'on trouve exprimée dans ce jugement du Tribunal de Commerce de la Seine du 14 janvier 1893 : « Attendu, précisaient les juges, que la somme ainsi prélevée n'a été nullement portée, comme le prétend le demandeur (porteur de parts), au fonds de prévoyance prévu par l'article 46 des statuts, lequel reste la propriété exclusive des actionnaires, mais constitue un fonds spécialement destiné à compenser la diminution momentanée du capital social par suite de l'abaissement du taux de la piastre mexicaine ; qu'ainsi les porteurs de parts de fondateur n'ont nullement été lésés au profit des actionnaires

(1) LECOUTURIER, *op. cit.*, p. 289.

par la décision critiquée, qui a été prise à l'assemblée générale des actionnaires dans la plénitude de ses droits et par suite la demande est mal fondée et doit être repoussée » (1).

Si le tribunal, dans l'espèce, validait sans hésitation la délibération de l'assemblée générale relative à la constitution d'une réserve extraordinaire, c'était uniquement parce que cette délibération n'était inspirée que de l'intérêt social.

La position de la jurisprudence, dans les décisions précitées, était très précise et ne laissait place à aucune équivoque. Elle peut se résumer ainsi : quand l'intérêt social l'exigeait, l'assemblée ordinaire pouvait décider de constituer des réserves extraordinaires, non prévues par les statuts, en opérant les retenues nécessaires sur les bénéfices et cette délibération de l'assemblée générale était valable à l'égard des porteurs de parts. Au contraire, quand la délibération de l'assemblée dissimulait une fraude à l'encontre des actionnaires de la minorité ou des porteurs de parts, ceux-ci étaient en droit d'attaquer la décision frauduleuse pour tenter d'obtenir, sinon la nullité de la délibération, du moins une certaine indemnité.

En principe, ces délibérations ne pouvaient jamais être annulées sur une simple demande des porteurs de parts, sauf, bien entendu, lorsqu'elles présentaient une cause de nullité, c'est-à-dire lorsqu'elles étaient illicites ou bien qu'elles étaient entachées d'un vice de forme : défaut de quorum, par exemple. En dehors de ces cas de nullité, quand l'assemblée générale avait délibéré régulièrement et

(1) Trib. de Commerce de la Seine, 14 janv. 1893, *Journ. des Soc.* 1893, p. 393.

que sa décision était valable en la forme, les porteurs de parts ne pouvaient intenter qu'une action en dommages-intérêts pour tenter d'obtenir la réparation du préjudice que leur avait causé la décision en les privant de leur part de bénéfices.

Cette solution se justifiait du seul fait que les porteurs de parts n'ayant aucune participation dans la gestion sociale, si on leur avait accordé le droit d'intenter une action en nullité, c'était en fait leur reconnaître tacitement le droit de participer à cette gestion sociale, ce qui était absolument contraire aux principes établis.

Seuls les actionnaires de la minorité avaient la possibilité d'intenter cette action en nullité contre la délibération de l'assemblée générale, action en nullité dont les porteurs de parts auraient bénéficié par contre-coup.

C'est à cette jurisprudence que se ralliait M. Amiaud, quand il écrivait : « A mon point de vue, un prélèvement en faveur des réserves extraordinaires ne peut jamais être qu'un prélèvement nécessaire et peut toujours être régulièrement ordonné avant toute attribution d'un intérêt aux actions, quand bien même cet intérêt aurait fait l'objet d'une stipulation expresse aux statuts » (1). Et plus loin, à propos des droits des porteurs de parts, cet auteur ajoutait : « Assurément ils ne peuvent s'immiscer en rien dans les affaires sociales, venir critiquer au nom de l'intérêt de la société les décisions qui ont été prises et demander leur mise à néant : mais titulaires d'un droit à une portion de bénéfices fixée par les statuts, ils doivent avoir la possibilité de le faire respecter et de s'assurer que les comptes de bénéfices ont été dressés conformément aux stipulations

(1) AMIAUD, *op. cit.*, p. 257.

des statuts, sauf naturellement le pouvoir qu'il y a toujours lieu de reconnaître à l'assemblée générale des actionnaires de prendre en cas de nécessité toutes les mesures utiles au salut de la société » (1).

Mais à côté de cette jurisprudence déjà ancienne, une jurisprudence plus récente — marquant l'évolution nouvelle des idées en faveur de la société à l'encontre des associés — avait une tendance à résoudre cette question par l'affirmative, validant les délibérations de l'assemblée générale des actionnaires autorisant, en dehors de toute stipulation des statuts, le prélèvement d'une partie des bénéfices nets réalisés par la société pour la constitution d'un compte de réserves extraordinaires.

C'est en ce sens que s'était prononcé ce jugement du Tribunal de Commerce de la Seine : « Attendu que, si normalement les bénéfices nets produits annuellement par l'exploitation d'une affaire industrielle sont destinés à être répartis, il appartient toutefois à l'assemblée générale ordinaire des actionnaires d'une société anonyme, même non expressément autorisée par les statuts, de mettre en réserve une partie des bénéfices annuels et, alors que lesdits statuts disposent qu'elle fixe les dividendes revenant aux actions et aux parts bénéficiaires, de décider la mise en réserve d'une fraction des bénéfices annuels dans le but de faciliter le développement des affaires sociales. Par suite un actionnaire, en même temps porteur de parts, agissant en cette double qualité, n'est pas recevable à agir en nullité des décisions de l'assemblée ordinaire ayant affecté une partie des bénéfices annuels à des réserves extraordinaires pour reconstitution de stocks, amortissements de matériel, risque de chômage pouvant résulter d'un incendie, si ces

(1) AMIAUD, *op. cit.*, p. 269.

réserves répondaient à la fois à la prospérité extraordinaire de l'entreprise et à la nécessité de développer les fonds de roulement de la société ; attendu qu'il en est surtout ainsi lorsque, concurremment à la constitution des réserves, il a été distribué de très copieux dividendes aux actions et aux parts de fondateur » (1).

La jurisprudence, dans cette espèce, reconnaissait un très large pouvoir à l'assemblée générale, puisqu'en la circonstance, les réserves extraordinaires votées devaient être utilisées, non pas seulement pour pourvoir à la reconstitution du capital social, mais aussi pour étendre l'entreprise et cela à l'encontre des droits des participants aux bénéfices. Le Tribunal de la Seine, pour excuser sa décision, ajoutait « que les participants aux bénéfices avaient reçu des dividendes très copieux », comme si cette raison suffisait à valider un tel abus de droit de la part de l'assemblée générale.

Au fond, la jurisprudence, dans le silence de la loi, avait adopté une ligne de conduite très raisonnable et pleine de bon sens : en cas de silence des statuts et si l'intérêt social était en jeu, elle ratifiait les délibérations de l'assemblée des actionnaires décidant la constitution d'un fonds de réserves extraordinaires ; au contraire, toujours en cas de silence des statuts, s'il y avait abus de droit ou fraude certaine de la part de l'assemblée des actionnaires, elle déclarait nulle cette délibération à l'égard des porteurs de parts.

Certains auteurs s'élevaient contre cette théorie d'après laquelle seul l'intérêt social peut justifier la délibération

(1) Trib. de Commerce de la Seine, 26 juin 1925, *Journ. des Soc.* 1927, p. 410.

de l'assemblée ordinaire autorisant un prélèvement sur les bénéfices nets pour constituer un fonds de réserves extraordinaires. A l'appui de leur thèse, ils prétendaient que ou bien les porteurs de parts retrouvent sous une autre forme, au moment de la liquidation, les bénéfices qui ont été distraits des bénéfices annuels, ou bien encore, si ces bénéfices ont été employés au développement des affaires sociales, à l'augmentation de ses moyens de production, les porteurs de parts sont alors amplement dédommagés de leur sacrifice temporaire par une augmentation des revenus dans l'avenir.

Ces arguments étaient, certes, très subtils, mais ils n'avaient, de l'avis des tribunaux et d'une partie de la jurisprudence, qu'une valeur très relative surtout quand il s'agissait des porteurs de parts. En effet, même dans le cas où les porteurs de parts viennent de plein droit au partage du boni de liquidation, il n'est pas certain qu'ils retrouveront au moment de la liquidation la compensation du sacrifice imposé lors du prélèvement des réserves extraordinaires.

Mais à plus forte raison, comment pourrait-on justifier une telle thèse dans le cas où les porteurs de parts sont exclus du partage du boni de liquidation, les statuts ne leur accordant qu'un droit sur les seuls bénéfices annuels ? C'était priver les porteurs de parts, sans aucun espoir de compensation, de tous leurs droits sur les dividendes ainsi mis en réserves.

Enfin, même quand il s'agissait de porteurs de parts qui, dans le silence des statuts, comme nous l'exposerons plus loin, ont un droit sur le boni de liquidation, les délibérations de l'assemblée relatives à la constitution d'un fonds de réserves extraordinaires pouvaient aussi leur causer un

préjudice définitif, car, en premier lieu, il est incontestable que le but essentiel visé par les porteurs de parts, ce n'est pas l'espérance d'un bénéfice éventuel qui leur sera distribué dans l'avenir, mais bien la certitude de recevoir leur part de bénéfices annuels. Puis en deuxième lieu, le droit des porteurs de parts sur le boni de liquidation est un droit très aléatoire, car le fonds des réserves accumulées sert avant tout à reconstituer le capital social au seul profit des créanciers sociaux et des actionnaires, les porteurs de parts n'ayant jamais aucun droit sur le capital social.

Si la doctrine comme la jurisprudence avaient été très équitables, respectant totalement le pacte conclu entre actionnaires et porteurs de parts, elles auraient dû faire la différence entre le cas où les porteurs de parts ont un droit sur le boni de liquidation et le cas où ils n'ont aucun droit sur ce boni, car, dans ce dernier cas, il aurait fallu alors spécifier que les prélèvements pour la constitution d'un fonds de réserves extraordinaires ne pourraient jamais s'effectuer que sur les dividendes distribuables aux seuls actionnaires puisqu'eux seuls profitaient de ces réserves.

Admettre la solution contraire, c'était de sang-froid spolier les porteurs de parts d'avantages qu'ils étaient en droit de revendiquer et c'était envenimer le malentendu qui opposait les porteurs de parts contre les actionnaires, malentendu source de nombreux conflits et de nombreux procès.

Mais si telle était la situation avant 1929, quel fut alors l'effet de la loi relative aux parts de fondateur sur ce point de la constitution des réserves extraordinaires ?

SECTION II

Influence de la loi de 1929

La loi de 1929, en imposant aux porteurs de parts l'obligation de se grouper en une masse dont les décisions de la majorité seraient obligatoires pour les membres de la minorité, semble déjà avoir pris position sur un des points du problème.

En vertu de la loi nouvelle, l'assemblée des actionnaires n'est plus obligée de solliciter l'assentiment de tous les porteurs de parts individuellement quand elle veut prendre une décision touchant à l'étendue de leurs droits. Désormais il suffit qu'elle propose la modification envisagée à l'examen de l'assemblée des porteurs de parts, laquelle doit à la majorité soit approuver, soit repousser la modification. La décision de la majorité lie la minorité. C'est la conséquence certaine de cette loi.

Les termes de l'article 7 de la loi sont très clairs et ne laissent flotter aucun doute quant aux intentions du législateur sur ce point. « L'assemblée générale, déclare cet article, régulièrement constituée statue sur toutes les questions qui lui sont soumises. Elle peut consentir, notamment, à toutes modifications dans le régime des parts, dans leur forme, dans la durée et le montant de leurs droits aux bénéfices et dans le mode de calcul de ces droits ».

Et le deuxième alinéa de cet article précise : « Les décisions prises par l'assemblée générale sont obligatoires pour tous, même pour les absents, dissidents et incapables. »

Il paraît logique de déduire de l'ensemble des dispositions de cet article que désormais aucune modification ne

peut être apportée au régime des parts sans être soumise au préalable à l'approbation de l'assemblée des porteurs de parts et les décisions de cette assemblée sont obligatoires : si les porteurs de parts, à la majorité, s'opposent à la modification, les actionnaires ne peuvent passer outre et imposer leurs décisions du moment qu'il y a atteinte aux droits des parts.

Cette consécration des pouvoirs de la majorité s'imposant à la minorité découle de l'ensemble des dispositions de la loi dont le but principal semble justement vouloir soumettre les porteurs de parts au principe majoritaire auquel ils échappaient jusqu'à ce jour, sauf dans les sociétés où les porteurs de parts étaient déjà contractuellement groupés en une masse. C'est ce caractère de la loi que M. Cordonnier soulignait au lendemain de sa publication dans le commentaire qu'il en fit dans le *Journal des Sociétés* : « L'un des traits dominants de la loi de 1929 est d'avoir imposé aux porteurs de parts leur groupement en une *masse* dont la volonté s'exprime par l'assemblée générale investie du pouvoir de prendre à la majorité des décisions qui obligeront tous les membres de la masse » (1).

C'est contre cette même disposition légale que M. Wahl s'élevait véhémentement car, prétendait-il, « si les porteurs de parts sont fortement protégés, la réalité est toute différente » (2), car ce que le législateur a cherché avant tout, c'est d'assurer l'indépendance de la société en sacrifiant les droits des parts.

Mais, sans chercher à analyser ici les effets réels et la

(1) CORDONNIER, *Journ. des Soc.* 1929, p. 321.

(2) WAHL, *op. cit.*, p. 361.

répercussion de cette disposition légale qui fera l'objet du dernier chapitre de ce titre premier, nous ne pouvons nous empêcher de conclure qu'*en principe* les porteurs de parts peuvent, par les décisions prises à la majorité dans leurs assemblées, s'opposer aux modifications envisagées par les gérants ou les administrateurs, même à celles uniquement dictées par l'intérêt social.

Or, devant un texte aussi impératif, la question se pose de savoir quelle sera l'attitude de la jurisprudence en matière de constitution de réserves. Est-ce que la jurisprudence antérieure entièrement basée sur l'intérêt social pourrait être encore invoquée avec quelques chances de succès, ou bien la jurisprudence s'en tiendra-t-elle à l'application très stricte de la lettre du texte légal ? C'est le problème qui se pose et que la doctrine a examiné scrupuleusement.

Pour M. Houpin, la réponse ne fait aucun doute. En aucune circonstance, les porteurs de parts ne peuvent, par leur opposition, faire obstacle aux délibérations de l'assemblée des actionnaires quand celles-ci tendent uniquement à assurer l'intérêt social. Pour cet auteur, les porteurs de parts peuvent toujours, malgré les dispositions de la loi nouvelle, se prévaloir de la jurisprudence antérieure. Cette loi — il ne faut jamais oublier ce caractère — a été votée dans l'intérêt de la société et non dans l'intérêt des parts de fondateur et si la loi de la majorité a été étendue aux porteurs de parts, c'est non pas pour les protéger contre les abus de la société, mais pour faciliter la tâche de l'administration et la protéger contre les actions individuelles qui la menaçaient sans cesse.

C'est pourquoi, M. Houpin n'hésite pas à affirmer : « Après comme avant 1929, les porteurs de parts doivent

se plier aux mesures imposées par l'intérêt collectif dès lors que ces mesures exercent un même retentissement aussi bien sur leurs droits que sur ceux des actionnaires : le salut de la société devient alors la loi suprême » (1).

M. Rault, au contraire, après quelques hésitations, adopte l'opinion contraire de celle exprimée en termes précis par M. Houpin : « A cette majorité des assemblées de porteurs de parts, la loi de 1929 confère explicitement dans son article 7, écrit-il, le droit de consentir toute modification du régime des parts. Il en résulte, selon nous, que si l'assemblée générale des porteurs de parts, statuant aux conditions de quorum et de majorité instituées par l'article 6, rejette les modifications statutaires proposées, par exemple si elle repousse la constitution d'un fonds de réserves extraordinaires non prévu aux statuts, cette décision met obstacle, alors même que les nécessités sociales commanderaient la constitution du fonds de réserves en question, à ce que les tribunaux, conformément à leur jurisprudence antérieure, déclarent les décisions de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires imposables aux porteurs de parts, nonobstant leur refus. L'on posera, en principe, en effet, que la loi de majorité constitue une protection suffisante de l'intérêt social, de telle sorte qu'il ne sera point possible de passer outre à la délibération des porteurs de parts qui repousse la mesure proposée. Ainsi la consécration de la loi de majorité peut, dans certaines circonstances, se retourner contre la société en faveur de qui elle a été instituée. L'on remarquera que la loi nouvelle bouleverse totalement la doctrine jurisprudentielle antérieure » (2).

(1) HOUPIN, *op. cit.*, n° 671.

(2) RAULT, *op. cit.*, p. 123.

C'est pourtant avec une pointe de regret, semble-t-il, que M. Rault conclut en faveur de l'omnipotence absolue de l'assemblée des porteurs de parts. Il interprète strictement les termes du texte légal et par là même refuse d'admettre que la jurisprudence antérieure puisse être invoquée dans l'avenir avec quelque chance de succès.

Entre ces deux théories, quelle est celle qui semble la plus acceptable ? Sur cette question de la constitution d'un fonds de réserves extraordinaires, nous n'avons trouvé aucune décision jurisprudentielle postérieure à la loi de 1929.

Nous trouvons bien une décision de la Cour de Cassation qui repousse un pourvoi formé par une société contre un arrêt de la Cour d'appel, annulant une décision de l'assemblée des actionnaires, décidant de ne pas distribuer de dividendes entre les actionnaires et les porteurs de parts pour mettre en réserve les bénéfices réalisés au cours de l'exercice.

« Lorsque, déclare la Chambre des Requêtes, les statuts prévoient qu'après prélèvements sur les bénéfices nets de 5 % pour la réserve légale, d'une somme suffisante pour servir un intérêt de 5 % au capital, le surplus sera réparti : 10 % au conseil d'administration, 50 % aux actions, 35 % aux parts et 5 % à une réserve extraordinaire, c'est à bon droit que les juges du fonds déduisent de l'ensemble de ces stipulations que la convention qui a mis dans les attributions de l'assemblée ordinaire la fixation des bénéfices lui impose l'obligation de les répartir d'après des règles précises excluant le pouvoir d'en affecter une partie à une réserve extraordinaire au-delà de la limite fixée. Une telle déduction qui ne dénature ni les termes, ni le sens des clauses de l'acte ne contredit à aucun principe de droit

et échappe dès lors à la censure de la Cour de Cassation. En conséquence, c'est à bon droit que les juges du fond annulent la délibération par laquelle une assemblée ordinaire, après avoir fixé le montant des bénéfices nets du dernier exercice, a décidé qu'il ne serait pas distribué de bénéfices aux actionnaires et aux porteurs de parts et que ces bénéfices seraient portés à la réserve » (1).

Si cette décision n'apporte aucun élément intéressant à l'étude que nous poursuivons dans ce chapitre, du moins nous avons pensé qu'il était intéressant de la citer car nous y retrouvons l'affirmation très précise du principe suivant lequel, dans chaque circonstance, c'est aux statuts qu'il faut se référer, car nous restons persuadée que sur ce terrain de la constitution des réserves extraordinaires il faut, en effet, avant tout examiner avec soin les termes du pacte social et puis admettre qu'en aucun cas les porteurs de parts ne peuvent s'opposer à une décision de l'assemblée des actionnaires uniquement inspirée de l'intérêt social.

Pour notre part, autant les décisions dirigées à l'encontre des porteurs de parts doivent être subordonnées à l'assentiment de leurs assemblées, autant, sans aucun doute, celles ayant seulement en vue l'intérêt social doivent être imposées à tous les associés et maintenues malgré l'avis contraire des porteurs de parts, avis exprimé par eux dans leurs assemblées.

Les arguments émis par M. Rault en faveur de la théorie consacrant l'omnipotence de l'assemblée des porteurs de parts en matière de délibérations touchant aux prérogatives attachées à ces parts, ne nous semblent pas entièrement convaincants.

(1) C. Cas., Req., 26 mai 1936, *Journ. des Soc.* 1938, p. 533.

Avant 1929, en principe, l'assemblée des actionnaires ne devait pas porter atteinte aux droits des parts sans l'assentiment unanime de tous les porteurs de parts : pourtant les tribunaux n'hésitaient pas à valider les délibérations de cette assemblée et ils les déclaraient obligatoires pour tous dès que l'intérêt de la société était en jeu. Comment pourrait-on admettre alors que la loi de 1929, principalement inspirée de l'intérêt de la société plutôt que de l'intérêt des parts, ait pour conséquence fatale de se retourner contre la société qu'elle a entendu protéger, favoriser ?

D'ailleurs dans l'intérêt même des parts, n'est-ce pas la thèse de M. Houpin qui se justifie ? En effet, comme nous l'avons souligné dans le chapitre IV de notre titre préliminaire, les porteurs de parts ont sans aucun doute un certain *affectio societatis* ; il serait donc faux d'affirmer que leurs intérêts sont en opposition complète avec ceux de la société. Aussi admettre qu'ils puissent s'opposer aux mesures uniquement dictées par l'intérêt social, et par suite que leurs décisions lient la société, c'est reconnaître alors qu'ils puissent délibérément prendre des mesures susceptibles de leur nuire personnellement soit par ignorance de la situation exacte, soit par simple suspicion contre tous les actes de la société qu'ils supposent dirigés contre leurs intérêts à eux porteurs de parts.

Et puis, le plus souvent, ne songent-ils pas, dans leur esprit borné, à leur intérêt immédiat alors que la société travaille pour l'avenir ?

C'est pour toutes ces raisons que la solution émise par M. Houpin nous semble plus logique. Mais que décideront les tribunaux le jour où les porteurs de parts et les actionnaires feront appel à leur jugement au sujet d'un conflit de cette espèce ? Personne ne peut le dire, car les

revirements de jurisprudence sur ces questions sont toujours à redouter, mais tout autorise à croire pourtant que fidèle au principe antérieur à la loi de 1929, elle sacrifierait les intérêts particuliers des porteurs de parts à l'intérêt social.

CHAPITRE V

DROITS DES PORTEURS DE PARTS EN CAS D'AUGMENTATION OU DE RÉDUCTION DU CAPITAL SOCIAL

C'est encore au sujet des modifications statutaires qu'éclatent de nombreuses difficultés entre actionnaires et porteurs de parts, au cours de la vie sociale, car ces modifications sont susceptibles, selon leur nature, de porter une atteinte plus ou moins sérieuse aux droits des parts.

Le plus souvent, sans doute, les statuts prennent soin de prévoir et de régler d'avance diverses modifications statutaires qui pourront être opérées dans l'avenir au cours de la vie de la société ; dans ce cas, aucune difficulté n'est à redouter, les administrateurs n'ont qu'à appliquer les clauses du contrat. Mais il n'en est plus de même dans le cas où la société n'a rien prévu d'avance. L'administration est-elle entièrement libre de modifier les statuts comme bon lui semble, ou bien doit-elle se plier à certaines formalités à l'égard des porteurs de parts ? C'est la réponse à cette question qui va retenir notre attention dans ce chapitre.

Les modifications les plus importantes sont celles qui ont trait à l'augmentation et à la réduction du capital social, d'où la division de ce chapitre en deux sections consacrées chacune à l'une de ces modifications.

SECTION I

Augmentation du capital social

Dans les sociétés, l'augmentation du capital social est une opération qui est assez fréquente, car elle répond à plusieurs besoins : tout d'abord, c'est une opération qui permet aux sociétés de trouver de nouvelles ressources pour pouvoir développer leur activité, et ensuite, c'est également une opération qui leur permet, en convertissant leurs réserves en actions, d'établir une sorte d'équilibre entre le capital social et l'actif social.

Depuis la loi du 1^{er} mai 1930, l'assemblée générale des actionnaires, statuant dans les conditions imposées par l'article 31 nouveau de la loi de 1867, a un pouvoir absolu pour décider cette augmentation en dépit même des clauses statutaires.

Mais dans les sociétés où il y a des parts de fondateur, l'augmentation de capital n'est pas sans danger et ne peut s'effectuer qu'avec beaucoup de précautions, car les intérêts des actionnaires et des porteurs de parts sont le plus souvent en contradiction.

En principe, cette opération n'offre que des avantages pour les porteurs de parts, alors qu'au contraire, elle grève lourdement les droits des actionnaires anciens.

En effet, nous savons que les porteurs de parts ont droit à une fraction déterminée dans les bénéfices. Cette fraction, en principe, étant immuable, l'augmentation de capital entraînant une augmentation consécutive des bénéfices sociaux fait alors profiter les porteurs de parts d'une augmentation proportionnelle dans la répartition de ces dits bénéfices.

Supposons, par exemple, que les statuts accordent aux parts de fondateur une fraction de 15 % dans les bénéfices réalisés par l'entreprise : au fur et à mesure des augmentations de capital, la somme à laquelle les parts ont droit s'accroît, alors ; au contraire, que celle qui revient aux actionnaires s'accroît également sans doute, mais elle doit se partager concurremment entre les actions anciennes et les actions nouvelles, diminuant d'autant la part des actions anciennes au profit des actions nouvelles.

C'est pourquoi, en général, les statuts prennent soin de fixer qu'en cas d'augmentation de capital les droits des porteurs de parts subiront une réduction proportionnelle à l'augmentation du capital nouveau par rapport au capital initial.

Dans ce cas, une augmentation de capital n'offre aucune difficulté, car lorsque l'assemblée extraordinaire des actionnaires décide de procéder à cette augmentation, les porteurs de parts n'ont qu'à s'incliner en acceptant la réduction de leurs droits conformément aux clauses du contrat.

Mais quand les statuts ne prévoient rien, la situation est insoluble, les actionnaires hésitant à procéder à une augmentation de capital qui sera désavantageuse pour eux et au contraire avantageuse pour leurs adversaires, les porteurs de parts.

Ils peuvent, sans doute, essayer de s'entendre avec les porteurs de parts, en leur demandant de renoncer à leurs prérogatives, mais il faut que l'assemblée des porteurs de parts se prononce à la majorité en faveur de la modification relative à la réduction de leurs droits, sinon l'opposition de l'assemblée des porteurs de parts est absolue et les actionnaires ne peuvent passer outre à cette décision ; s'ils persistent cependant dans leur volonté de procéder à

l'augmentation, ils pourront la réaliser, mais sans pouvoir jamais porter atteinte aux droits des parts sans l'assentiment des propriétaires de ces titres.

Certains auteurs prétendent que, dans ce cas, l'assemblée extraordinaire des actionnaires décidant l'augmentation du capital peut, d'emblée, sans en référer aux porteurs de parts, limiter l'étendue des droits de ces derniers dans les bénéfices tels qu'ils sont fournis par le capital initial.

C'est ce point de vue que soutient M. Lecouturier quand il écrit : « Nous pensons que les droits des parts de fondateur sont réduits dans la proportion du capital initial par rapport au capital augmenté. Ce qu'on a promis aux parts de fondateur, c'est une quote-part des bénéfices qu'on espère réaliser au moyen du capital social, tel qu'il a été fixé à l'origine. Une augmentation de ce capital du simple au double doit normalement amener le doublement du chiffre antérieur des bénéfices. Il n'y a aucune raison pour augmenter dans la même proportion l'émolument des fondateurs, sous peine de ne plus pouvoir rémunérer convenablement les actionnaires qui ont fourni les fonds nécessaires au développement de l'exploitation sociale. Une solution différente rendrait bien difficile toute augmentation de capital » (1).

Cette solution est inacceptable car injuste. L'admettre, c'est porter volontairement et sciemment atteinte aux droits reconnus aux parts, se faisant complice d'une fraude au profit des actionnaires.

Pourquoi les actionnaires primitifs, contrairement aux porteurs de parts, pourraient-ils jouir d'un droit de parti-

(1) LECOUTURIER, *op. cit.*, p. 108.

cipation sur les bénéfices accrus, alors que les porteurs de parts en seraient privés ?

Les porteurs de parts, en principe, ont acquis leurs titres en contre-partie d'un service rendu — peu importe sa nature — service qu'il était le plus souvent impossible de rémunérer pécuniairement au moyen d'actions. Et alors, de propos délibéré, on admettrait qu'ils participent aux risques de l'entreprise en formation, puis brusquement, lorsque la société deviendrait prospère, on leur refuserait de prendre leur part de cette prospérité, leur droit aux bénéfices se limitant exclusivement à la portion correspondant au capital initial.

Admettre une telle solution, c'est nier la nature juridique des parts de fondateur et méconnaître les caractères des droits qui leur sont attribués. Pour être logique, il faudrait alors soutenir que les parts de fondateur, quelles que soient les circonstances, bonnes ou mauvaises, ont droit à une somme immuable, toujours la même. Or, c'est là une solution impossible à admettre. De plus, cette solution est injuste, car si à une augmentation de capital correspond une augmentation de bénéfices, il ne s'en suit pas nécessairement que cette augmentation de bénéfices soit exactement proportionnelle à l'augmentation du capital. Il est rare que la progression soit exactement corrélative.

Mais à côté de ce premier conflit entre actionnaires et porteurs de parts au sujet de l'augmentation de capital, on en rencontre d'autres qui sont également assez fréquents.

Comment va-t-on les résoudre ? Quels seront alors les pouvoirs de l'assemblée des actionnaires à l'encontre des droits des porteurs de parts ?

Supposons, par exemple, le cas où une société décide

d'augmenter son capital et, pour attirer les capitaux par la souscription d'actions, elle promet certains avantages aux nouveaux actionnaires, tel, par exemple, un droit de priorité sur les dividendes annuellement mis en distribution. Est-ce que ce droit de priorité est opposable aux porteurs de parts ? En règle générale, quand une société a émis des actions de priorité, le premier dividende est dû par la société à toutes les actions de priorité sur les bénéfices nets avant tout partage de dividendes entre les divers ayants droit, actionnaires ou porteurs de parts.

Mais dans ce cas d'une émission d'actions de priorité à l'occasion d'une augmentation de capital, quelle va être la situation ? Peut-on imposer ces actions de priorité aux porteurs de parts ? Il semble que non, car pour eux la situation est sans aucun doute désavantageuse, leurs droits se trouvant réduits en proportion des avantages accordés aux actionnaires de la priorité. C'est pourquoi, on estime que pour rester fidèles aux principes généraux du droit, si les statuts n'ont rien prévu d'avance et si les porteurs de parts n'ont pas accepté de subir cette diminution de leurs droits, les actionnaires nouveaux, propriétaires d'actions de priorité, ne peuvent exiger le prélèvement de leurs premiers dividendes que sur la part de bénéfices revenant aux actionnaires seuls.

De même, supposons encore le cas où, lors de l'augmentation du capital, l'assemblée stipule au profit des actionnaires nouveaux un intérêt fixe avant toute distribution de dividendes.

Cette stipulation est-elle opposable aux porteurs de parts ?

Non, sans aucun doute, si le pacte initial ne prévoit aucun intérêt fixe en faveur des actionnaires primitifs,

car l'assemblée des actionnaires ne peut de son seul gré modifier l'étendue des droits attribués statutairement aux parts de fondateur.

Dans le cas contraire, si les actionnaires primitifs avaient droit à un intérêt fixe, le prélèvement de cet intérêt en faveur des actions nouvelles serait opposable aux porteurs de parts.

Donc, quelle que soit la modification envisagée, l'assemblée des actionnaires ne peut jamais imposer aux porteurs de parts une mesure portant atteinte à l'étendue de leurs droits. Pour qu'une telle mesure leur soit opposable, il faut que l'assemblée des porteurs de parts l'ait approuvée à la majorité.

D'ailleurs, désormais, lors d'une augmentation de capital, les porteurs de parts seront d'autant plus exigeants pour le maintien de leurs droits et d'autant plus ardents à se défendre contre les exigences des actionnaires que, depuis 1935, ils ne peuvent plus souscrire à ces augmentations de capital.

En principe, jusqu'à un décret-loi du 8 août 1935, les porteurs de parts, concurremment aux actionnaires, pouvaient souscrire librement aux augmentations de capital. Sans doute, dès avant ce décret, une clause des statuts réservait-elle le plus souvent ce droit de souscription aux actionnaires seuls, mais, parfois aussi, elle accordait un droit de souscription préférentiel aux porteurs de parts ; mais en dehors d'une stipulation de cette nature dans le pacte social, n'importe qui pouvait souscrire à cette augmentation de capital. Or, on constatait des fraudes assez fréquentes dans l'exercice de ce droit au détriment des actionnaires primitifs.

« La fraude la plus fréquente, fait remarquer M. Ripert,

consistait à émettre le nouveau capital dans un délai très court pour que les anciens actionnaires ne puissent profiter de leur droit de souscription... Dans d'autres sociétés, on avait inventé une proportion singulière de titres qui mettait le plus souvent les anciens actionnaires dans l'impossibilité de souscrire » (1).

C'est en raison de l'accroissement incessant de ces abus et pour sauvegarder les droits des actionnaires primitifs, pour qui en définitive l'augmentation de capital est une opération désavantageuse, que le législateur, par un décret-loi du 8 août 1935, décida que : « Nonobstant toute disposition contraire des statuts les actionnaires ont, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de préférence à la souscription des actions de numéraire, émises pour réaliser une augmentation de capital. Ce droit est négociable dans les mêmes conditions que l'action elle-même pendant la durée de la souscription. »

Le législateur a estimé qu'il était équitable d'admettre que ceux qui ont adhéré à une société, participant ainsi aux risques de son exploitation, soient appelés avant quiconque, et dans des conditions de stricte égalité proportionnelle, à profiter d'une opération susceptible de les dépouiller d'une partie de leurs droits.

Si donc le législateur a exclu de ce droit de souscription préférentiel les porteurs de parts, c'est sans doute parce qu'il a estimé que ceux-ci trouvent une compensation suffisante dans l'augmentation proportionnelle de la fraction des bénéfices à laquelle ils ont droit.

Il est évident que si le législateur avait estimé que les droits des porteurs de parts ne pouvaient s'exercer que

(1) RIPERT, *Cours de Dr. com.* 1936-1937.

sur le capital initial, ce décret aurait constitué une mesure très désavantageuse à l'égard de ces derniers, les frustrant ainsi du droit de participer au même titre que les actionnaires à l'entreprise, quand elle est en pleine prospérité. Dans l'esprit du législateur, le droit de préférence est réservé aux actionnaires en contre-partie des avantages que cette opération est susceptible de procurer aux porteurs de parts.

Mais pourtant ce droit n'est pas intangible et une assemblée d'actionnaires peut, en se pliant à des conditions assez rigoureuses, écarter cette règle du droit préférentiel de souscription au profit des actionnaires pour l'étendre à des tiers ou bien la limiter à une catégorie d'actionnaires. C'est cette mesure que consacre l'article 5 de ce même décret : « L'application des décisions ci-dessus ne peut être écartée que par l'assemblée générale. » Mais ce droit n'appartient qu'à l'assemblée des actionnaires agissant dans l'intérêt de l'entreprise. Les fondateurs ne peuvent plus introduire dans les statuts de clauses dérogeant au principe consacré par ce décret.

D'ailleurs, un décret-loi du 30 octobre 1935 est intervenu pour apporter un tempérament à la rigueur du décret du 8 août. En effet, ce dernier décret en date est venu sauvegarder les droits qui auraient été concédés antérieurement à certains tiers, notamment aux porteurs de parts, soit par les statuts originaux, soit par une délibération de l'assemblée extraordinaire : droits auxquels le décret du 8 août ne faisait aucune allusion. « Par mesure transitoire, la règle édictée par l'article 1^{er} du présent décret ne s'applique pas dans le cas où un droit de préférence aurait été accordé antérieurement à la publication de ce décret, soit par les statuts originaux de la société, soit par l'assemblée

générale, à un ou plusieurs actionnaires individuellement, à une catégorie spéciale d'actionnaires, à des porteurs de parts bénéficiaires ou à des porteurs de titres représentant spécialement le droit de préférence ».

Il y a encore un cas où le droit de souscription préférentiel sera écarté : c'est quand l'augmentation de capital est effectuée par une incorporation directe des réserves au capital. Dans ce cas, la répartition d'actions délivrées gratuitement devra s'opérer en tenant compte des droits respectifs des propriétaires des réserves transformées en actions.

Lors de cette opération, il faudra tenir compte de la nature des réserves. Si les réserves sont la propriété exclusive des actionnaires, il ne fait aucun doute que, seuls, ces derniers peuvent prétendre à la distribution des actions nouvelles. Au contraire, si les porteurs de parts ont un droit qui s'étend aux bénéfices mis en réserve, dans ce cas, le décret n'entend pas les priver pour l'avenir d'une prérogative qu'ils sont certainement en droit d'exiger. Les porteurs de parts peuvent alors venir, au même titre que les actionnaires et proportionnellement à leurs parts, à la distribution des actions gratuites, provenant de la transformation d'un fonds de réserves extraordinaires en capital.

Enfin, il y a encore, en faveur des porteurs de parts, une dernière exception à la règle du décret-loi de 1935. Cette exception est celle qui a trait à l'augmentation du capital par le procédé de la conversion des parts en actions.

Cette conversion ne peut s'opérer d'un seul coup comme la conversion des obligations en actions, car les parts de fondateur ne représentent pas un capital, elles ne donnent droit qu'à des bénéfices.

Pour que l'opération prévue et reconnue comme licite

par la loi de 1929, dans son article 8, soit possible, il faut que la société ait des réserves et, bien entendu, des réserves extraordinaires qu'il soit possible d'incorporer dans le capital social.

L'opération de conversion se décompose en deux opérations successives : une première opération qui consiste à racheter les parts de fondateur à l'aide des réserves qui, au lieu d'être versées aux parts, sont employées à la réalisation de la deuxième opération qui, elle, consiste à souscrire au moyen des réserves les actions émises pour la réalisation de l'augmentation du capital social.

Depuis 1935, il est certain qu'en cas de silence des statuts, les actionnaires ne peuvent en aucun cas profiter du prétexte d'une augmentation de capital social pour tenter de réduire les droits des parts de fondateur sur l'ensemble des bénéfices réalisés, soit en diminuant la fraction qui leur est accordée statutairement, soit en favorisant les actions au détriment des parts. Une telle mesure ne serait valable que si l'assemblée des porteurs de parts y donnait son assentiment.

Le droit préférentiel de souscription constitue un avantage suffisant en faveur des actionnaires pour les sauvegarder contre les décisions d'une majorité, décisions décrétant l'augmentation du capital, au risque de les dépouiller en partie de leur part sur le fonds social.

SECTION II

Réduction du capital social

Contrairement à l'augmentation du capital, la réduction du capital est une opération dont, de prime abord, on conçoit difficilement la nécessité pour une société et, pour-

tant, dans certains cas, cette réduction est loin d'être dépourvue d'intérêt et est même très utile. C'est ainsi que pour une société qui a subi des pertes et dont l'actif est déprécié, la réduction du capital permet d'équilibrer le chiffre du capital social avec la valeur réelle de l'actif qui en est la représentation. Or, si cette opération est licite, elle n'est pas sans danger.

Dans les rapports des actionnaires entre eux la réduction est certainement valable du moment que l'assemblée générale des actionnaires l'a décrétée à la majorité et sans fraude.

Par contre, quel va être l'effet de cette opération à l'égard des porteurs de parts et surtout quelle va être l'attitude de ces derniers vis-à-vis de cette modification statutaire ?

En principe, cette opération est avantageuse pour les porteurs de parts et, comme le souligne M. Rault : « Il en est ainsi notamment dans le cas où la réduction du capital social est opérée au moyen d'une réduction du taux nominal des actions car alors la réduction du capital entraîne le plus souvent une augmentation des bénéfices, l'actif social demeurant identique, le passif étant au contraire réduit d'une somme égale au montant de la réduction » (1).

Aussi, en raison des inconvénients inhérents à une telle opération, risquant de nuire aux intérêts propres des actionnaires et de profiter au contraire aux porteurs de parts — ce qui n'est pas le but visé — les fondateurs de société prennent-ils le soin de spécifier dans le pacte social que, lors de la réduction du capital, le premier dividende statutaire alloué aux actions continuera d'être calculé sur

(1) Rault, *op. cit.*, p. 146.

le capital primitif, ou bien encore qu'au moment de la dissolution, il faudra, pour déterminer le boni de liquidation, déduire, non le capital réduit, mais le capital primitif (1).

Dans ce cas, les statuts ayant prévu d'avance les conditions de la réduction du capital, la situation est très simple. Quand l'assemblée décide de procéder à la réduction du capital, elle n'a qu'à se soumettre aux prescriptions du pacte social et cette délibération est obligatoire pour tous. Les porteurs de parts ne peuvent s'y opposer, ils n'ont qu'à s'incliner en acceptant les conditions de cette modification autorisée et réglée par les statuts.

Mais il n'en est plus de même quand les statuts n'ont rien prévu, soit qu'ils soient muets au sujet de la réduction du capital social, soit que tout en ayant prévu cette opération ils se soient seulement contentés de l'autoriser sans prévoir quels seraient, dans ce cas, les droits respectifs des actionnaires et des porteurs de parts.

(1) « En cas de réduction du capital social par suite de pertes ou de dépréciation d'actif, l'assemblée générale pourra décider qu'il continuera à être prélevé chaque année une somme égale au dividende de 7 % qui aurait été servi au capital social s'il était resté le même, laquelle somme sera portée à un compte spécial qui appartiendra exclusivement aux actionnaires et pourra être réparti par décision de l'assemblée générale » (statuts de la Société des Mines d'Or du P.) — (formule empruntée aux dispositions statutaires d'une société de mines ayant émis des parts de fondateur).

Formules de sociétés anonymes avec création de parts de fondateur, *Journ. des Soc.* 1929, p. 389 : « En cas de réduction du capital social par suite de pertes ou de dépréciation d'actif, l'assemblée générale des actionnaires pourra décider que le premier dividende de 6 % à servir annuellement aux actionnaires et le capital à leur rembourser continueront à être calculés sur le montant du capital social tel qu'il existait lors de cette réduction. »

L'assemblée extraordinaire pourra-t-elle imposer aux porteurs de parts la réduction du capital en maintenant au profit des actionnaires le dividende calculé sur le capital initial, ou bien le droit au remboursement, non du capital réduit, mais du capital primitif ? Voilà comment se présente le conflit entre actionnaires et porteurs de parts au sujet de la réduction du capital, en cas de silence des statuts.

Comment va-t-on alors résoudre ce conflit ?

La doctrine et la jurisprudence semblent loin d'être convergentes en la matière.

C'est ainsi que M. Wahl donne une solution très catégorique, estimant que la réduction ne doit jamais être susceptible de procurer un avantage aux porteurs de parts et qu'en cas de silence des statuts, l'assemblée peut imposer à ces derniers le maintien au profit des actionnaires de leurs droits statutaires au premier dividende et au remboursement du capital calculé sur le capital primitif. « En elle-même la réduction du capital maintient à tous les actionnaires leurs droits ; bien que le capital soit réduit, les bénéfices continuent à être répartis entre tous les actionnaires dans la proportion même que les statuts avaient fixée » (1).

M. Houpin se prononce dans le même sens que M. Wahl. Pour lui, la réduction du capital ne doit jamais avoir pour conséquence de procurer un avantage aux porteurs de parts, car alors cette opération aboutirait à un résultat trop choquant : elle réduirait les droits des actionnaires pour profiter aux porteurs de parts. « C'est pourquoi, déclare-t-il, les actionnaires peuvent, en décidant la réduc-

(1) WAHL, note sous arrêt C. de Riom, 2 fév. 1901, S. 1903.2.57.

tion du capital, maintenir leurs droits statutaires sur les bénéfices (notamment pour le premier dividende) et pour le remboursement du capital calculé sur le capital primitif. Cette décision est opposable aux porteurs de parts de fondateur dont les droits statutaires ne se trouvent pas diminués. Mais l'assemblée générale des actionnaires pourrait (dans le but de faciliter la réalisation d'une augmentation de capital ou d'éviter la liquidation de la société) décider valablement la réduction du capital en restreignant au capital réduit le droit des actions à un premier dividende et au remboursement de leur capital, bien que cette réduction ait pour conséquence d'accroître les avantages attribués aux parts de fondateur » (1).

Mais pour M. Houpin, il n'est pas douteux qu'en cas de silence des statuts et également de silence de l'assemblée extraordinaire ne précisant pas les conditions de la réduction, cette réduction du capital « laissera subsister intacts les droits des parts et aura, par contre, pour conséquence, sauf stipulation contraire des statuts, de ramener au capital réduit les droits des actionnaires tant à un premier dividende qu'au remboursement des mises par eux fournies et de diminuer l'importance des prélèvements que les parts doivent subir... Pour qu'un tel résultat soit évité, il suffira à l'assemblée générale extraordinaire de maintenir

(1) HOUPIN, *Journ. des Soc.* 1923, pp. 5 et st., et, dans le même sens, note sous arrêt C. d'Orléans, *Journ. des Soc.* 1913, p. 123 : « L'assemblée générale aurait droit, tout en réduisant le capital social, de maintenir les droits statutaires des actionnaires et de décider que, malgré cette réduction, les actionnaires continueront d'avoir droit au premier dividende et au remboursement du capital sur le capital primitif. Cette décision ne modifie pas les statuts, mais les maintient et rentre dans les pouvoirs de l'assemblée générale. »

aux actionnaires, dans leurs rapports avec les porteurs de parts, leur premier dividende calculé sur le capital primitif ainsi que le droit au remboursement de ce capital » (1).

Et c'est par là que la thèse de M. Houpin diffère de celle consacrée par M. Wahl. En effet, tandis que pour ce dernier auteur, dans n'importe quelles circonstances et même si l'assemblée extraordinaire n'a pas pris le soin de le spécifier, les actionnaires conservent leurs droits primitifs, au contraire pour M. Houpin il faut que l'assemblée extraordinaire le spécifie nettement. Mais pour l'un comme pour l'autre de ces auteurs, quelles que soient les circonstances, la réduction est opposable aux porteurs de parts ; il n'est jamais nécessaire d'obtenir leur consentement, car l'opération ne porte pas atteinte à l'étendue de leurs droits, elle ne modifie en rien le pacte initial qui lie les parties.

Mais, par contre, il n'en est plus de même si l'assemblée extraordinaire, en décidant la réduction, impose aux porteurs de parts une diminution de leurs droits primitifs. Dans ce cas, cette réduction, constituant une atteinte directe au pacte initial, n'est valable à l'égard des porteurs de parts que s'ils l'ont acceptée. « Le consentement de tous les porteurs de parts sera alors nécessaire, à moins que la modification apportée à leurs droits ne soit approuvée par l'assemblée générale de l'association constituée entre eux ou, à moins encore, que les parts ne soient régies par la loi de 1929, auxquels cas une décision majoritaire sera toujours suffisante » (2).

M. Rault critique ces deux théories et leur préfère très nettement la tendance jurisprudentielle.

(1) HOUPIN, *op. cit.*, 7^e éd., t. I, p. 649, n° 549.

(2) HOUPIN, *op. cit.*, 7^e éd., t. I, p. 649, n° 549.

En effet, que décide la jurisprudence en pareille occurrence ?

Nous n'avons pas de décisions récentes, mais seulement quelques décisions déjà anciennes et surtout des décisions antérieures à la loi de 1929. Mais il est très probable que si un conflit de cette espèce était soumis actuellement à l'appréciation des tribunaux, ceux-ci se prononceraient encore dans le même sens, sauf qu'au lieu d'exiger l'unanimité de consentement de tous les porteurs de parts, ils n'exigeraient plus que l'assentiment de la majorité de l'assemblée des porteurs de parts.

C'est ainsi que la Cour d'Orléans décidait que : « Si l'on peut concevoir, pour le cas de réduction de capital social une stipulation susceptible de concilier les droits des fondateurs et les droits des sociétaires, il n'était pas permis à l'assemblée générale, en l'absence d'une telle stipulation, de changer le mode statutaire de la répartition des bénéfices ; que toute délibération, qui eût conduit à ce résultat, eût constitué une violation du pacte social au détriment des fondateurs qui se seraient vus ainsi privés des avantages et des sûretés en considération desquels ils avaient contracté » (1).

Un arrêt plus récent de la Cour de Nîmes a également statué dans le même sens. Cette décision annulait les délibérations des assemblées générales extraordinaires de la Société anonyme de Krasnogorowska décrétant la réduction du capital social, tout en maintenant au profit des actionnaires l'intérêt fixe de 6 % avant toute répartition de bénéfices entre les actions et les parts. Cet intérêt, en vertu de la décision de l'assemblée, continuait à être calculé d'après

(1) C. Orléans, 25 janv. 1912, *Journ. des Soc.* 1913, p. 122.

le montant du capital nominal primitif. De même, ces délibérations prévoyaient encore que les actionnaires, lors de la liquidation, pourraient prélever à leur profit, non le montant du capital réduit, mais bien celui du capital primitif.

« Attendu, déclare l'arrêt, que si la réduction du capital social peut être soumise à certaines conditions, il n'en est ainsi, au regard des porteurs de parts, que si ces conditions ne violent pas le pacte social en ce qui concerne les droits qu'il leur confère et notamment la répartition des bénéfices, et qu'il ne peut être sérieusement soutenu que la réduction votée en 1911 est une opération de pure comptabilité puisqu'il appert des motifs qui précèdent qu'elle a porté atteinte aux droits acquis des porteurs de parts ; attendu que les porteurs de parts sont recevables à réclamer l'intégralité de la part leur revenant, d'après les statuts, dans les bénéfices nets, à se plaindre de la privation des avantages qui leur sont assurés par le pacte social et à demander la nullité de toute décision de l'assemblée générale prescrivant des mesures qui sont de nature à changer à leur préjudice et abusivement le mode statutaire de la répartition des bénéfices ; que, s'ils ne peuvent s'immiscer dans les affaires de la Société et n'ont droit qu'au partage des bénéfices, la part leur revenant dans ces bénéfices ne peut en aucun cas, être diminuée par les résolutions des sociétaires en l'absence de toute convention formelle... » (1).

Le 11 février 1924, la Cour de cassation rejetait le pourvoi formé contre cette décision par les motifs que : « Si le pacte social prévoyait l'augmentation de capital, il ne contenait

(1) C. d'Appel de Nîmes, 27 déc. 1920, *Journ. des Soc.* 1925, pp. 557 et suiv.

aucune clause relative à sa réduction ; que, dès lors, la Cour d'appel a pu décider par une interprétation souveraine de ce pacte qu'en modifiant au détriment des fondateurs la répartition des bénéfices, les délibérations critiquées avaient porté atteinte aux droits résultant pour eux de ce contrat » (1).

On peut déduire de cet ensemble de décisions que les tribunaux jugent que, du moment que l'assemblée extraordinaire modifie les statuts originaires sans même porter spécialement atteinte aux droits des parts, il en résulte malgré tout une rupture du contrat dont les porteurs de parts sont en droit de se plaindre.

En effet, d'après le pacte social, les porteurs de parts ont droit à un certain pourcentage déterminé sur les bénéfices nets tels qu'ils proviennent de l'ensemble des opérations sociales, sans tenir compte des événements qui peuvent augmenter ou réduire le montant total de ces dits bénéfices.

Par contre, les porteurs de parts n'ont aucune part à la gestion sociale, ils en sont légalement exclus. Or, s'ils en subissent les contre-coups, du moins il est de stricte équité de refuser à ceux qui administrent et gèrent la société de pouvoir, par leur seule volonté, imposer certaines charges qui risqueraient, en contre-partie, de les priver d'une part des avantages qu'ils tiennent du pacte social ou du moins de restreindre l'étendue de ces avantages.

C'est donc très justement, semble-t-il, que les tribunaux décident que du moment qu'il s'agit d'une modification statutaire ayant trait aux droits des actionnaires et des porteurs de parts, il est nécessaire pour l'assemblée extra-

(1) C. Cass., Req., 11 fév. 1924, *Journ. des Soc.* 1925, p. 566.

ordinaire de soumettre le projet de modification, concernant la réduction du capital, à l'assentiment préalable de l'assemblée des porteurs de parts.

En réalité, les porteurs de parts consentiront toujours à la réduction, même quand les actionnaires auront prévu le maintien de leurs droits calculés d'après le capital primitif, car en cas de pertes sérieuses, les actionnaires, s'ils n'obtiennent pas l'assentiment des porteurs de parts, ne pourront sans aucun doute passer outre à ce refus, mais décideront la dissolution anticipée à laquelle les porteurs de parts (art. 11 de la loi de 1929) ne peuvent faire obstacle.

Pour notre part, nous ralliant au point de vue de la jurisprudence, nous estimons qu'en dehors d'une clause expresse des statuts, l'assemblée extraordinaire ne peut décider la réduction du capital sans l'assentiment majoritaire de l'assemblée des porteurs de parts, car, même si cette résolution n'est pas la cause d'un préjudice direct pour les propriétaires de ces titres, du moins il n'est pas douteux que cette opération porte atteinte au contrat initial qui lie les porteurs de parts aux actionnaires et, comme M. Auger le souligne dans une note sous un arrêt de la Cour d'Aix, « ainsi que la Cour le fait très justement remarquer, lorsque les statuts assurent les droits des fondateurs pour toute la durée de la société, il existe entre les porteurs de parts et les actionnaires un lien contractuel qu'il n'appartient pas à l'assemblée générale de rompre » (1).

C'est donc certainement à tort que la doctrine a tenté

(1) AUGER, note sous arrêt C. d'Appel Aix, 16 janv. 1922, *Rev. des Soc.* 1922, p. 380.

de soutenir que la réduction était valable en dehors de toute stipulation expresse des statuts et sans qu'il soit besoin de solliciter le consentement des porteurs de parts — même quand elle maintient, au profit des actionnaires, leurs droits calculés d'après le capital initial — sous le prétexte « qu'elle ne lèse pas les droits statutaires des porteurs de parts, parce qu'elle maintient la quotité à eux attribuée dans les bénéfices » (1).

Il n'y a sans doute pas préjudice, mais il y a rupture du contrat, rupture qui ne peut jamais être unilatérale (art. 1134 du C. C.).

Nous voyons combien toutes ces questions sont délicates, et à quel point les problèmes qu'elles soulèvent sont subtils et difficiles à résoudre ; c'est pourquoi on ne saurait jamais trop recommander aux fondateurs de société de rédiger avec soin les clauses du pacte social concernant les modifications de ce pacte lui-même.

(1) HOUPIŒ, *op. cit.*, p. 555.

CHAPITRE VI

LA MODIFICATION DES DROITS DES PORTEURS DE PARTS PAR DÉCISION DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES PORTEURS DE PARTS.

Dans les chapitres précédents, nous avons montré comment les porteurs de parts, étant exclus de la gestion sociale, étaient en principe subordonnés aux caprices des assemblées d'actionnaires, mais nous avons expliqué aussi comment certaines délibérations de ces assemblées — notamment celles ayant trait aux droits des parts — n'étaient valables à l'encontre des porteurs de parts que si elles avaient été approuvées au préalable par les assemblées de porteurs de parts.

Mais, à côté de ces modifications susceptibles de porter temporairement atteinte aux droits des parts, il en est d'autres qui sont beaucoup plus importantes et beaucoup plus redoutables : ce sont celles susceptibles d'être apportées au cours de la vie sociale aux stipulations du pacte social lui-même, risquant de bouleverser totalement le régime primitif — telles sont, par exemple, les modifications changeant le montant des droits aux bénéfices, ou bien encore celles modifiant le régime des parts, etc...

C'est la loi du 1^{er} mai 1930 qui a consacré l'omnipotence

de l'assemblée extraordinaire des actionnaires en matière de modifications statutaires. Or, si absolue qu'elle paraisse, cette toute-puissance de l'assemblée se heurte pourtant à plusieurs restrictions :

1° à celles édictées par la loi elle-même qui exige toujours l'unanimité de consentement des actionnaires pour le changement de nationalité de la société et l'augmentation des engagements des actionnaires ;

2° à celles tenant à l'existence dans la société de droits particuliers auxquels l'assemblée extraordinaire peut porter atteinte par sa volonté seule.

Parmi ces droits particuliers sont notamment ceux des porteurs de parts.

Il s'agit donc de savoir dans quelle mesure les décisions prises par l'assemblée générale vont être opposables aux porteurs de parts, et quel rôle est réservé aux porteurs de parts dans ces modifications.

Le plus souvent, en effet, ces délibérations de l'assemblée extraordinaire des actionnaires ont, sinon pour but, du moins pour conséquence, de porter une atteinte soit directe, soit indirecte, aux droits des porteurs de parts, ces parasites venant prendre leur portion de bénéfices sociaux et dont la présence est vue avec assez de mauvaise grâce par les actionnaires.

Or, il est un fait certain, c'est que les porteurs de parts, sauf quand ils sont en même temps actionnaires, n'ont aucun accès aux assemblées. Par suite, il serait donc invraisemblable d'admettre que les décisions de l'assemblée extraordinaire d'actionnaires, à laquelle les porteurs de parts n'ont pas accès, puissent modifier de quelque manière que ce soit les droits qui leur sont reconnus soit légalement, soit statutairement.

Il n'y a qu'une seule hypothèse où la décision de modification prise par l'assemblée extraordinaire est valable, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'assentiment des porteurs de parts, c'est quand cette modification est prévue et formellement autorisée par le pacte social. Les porteurs de parts ne peuvent alors élever aucune revendication contre une modification de cette espèce, même portant atteinte à leurs droits, car, d'avance, ils ont accepté la possibilité de cette modification, s'en remettant à la société pour juger de son opportunité.

Dans ce cas, l'assemblée extraordinaire, en votant la modification autorisée, n'a fait qu'exécuter les termes mêmes de la convention. Pourtant si la modification présente un caractère frauduleux à l'égard des propriétaires de parts, ces derniers peuvent l'attaquer, car, comme le fait remarquer M. Percerou, « les statuts d'une société, si impératifs qu'ils fussent à cet égard, ne pourraient pas donner à l'assemblée générale des actionnaires le pouvoir absolu de disposer de la société, sans que, à aucun titre et pour quelque motif que ce fût, les porteurs de parts pussent réclamer. Ce serait une clause contraire à l'ordre public, car, d'avance, elle protégerait la fraude et aliénerait la faculté inaliénable de faire tomber les actes accomplis en fraude de droits établis » (1).

Mais *quid* dans le cas où les statuts n'ont rien spécifié à ce sujet ?

Nous allons étudier la situation antérieure à la loi de 1929, puis nous examinerons les conséquences de cette loi sur ce terrain.

(1) PERCEROU, *Des fondateurs de sociétés anonymes*, p. 211.

SECTION I

Situation avant la loi de 1929

Avant la loi de 1929, s'en tenant à l'application stricte des principes généraux du droit, pour toute modification de quelque nature qu'elle fût — bien entendu modification portant atteinte aux droits des parts — on exigeait l'unanimité de consentement de tous les porteurs de parts sans exception. Sans cette unanimité de consentement, la modification était inopposable aux propriétaires de parts intéressés.

Telle était la situation aux environs de 1890 dans les années qui suivirent la création des premières parts de fondateur : impossibilité, en pratique, d'apporter une modification quelconque aux statuts primitifs, l'opposition d'un seul porteur de parts étant suffisante pour faire obstacle à la réalisation de cette modification.

La Cour de cassation et la doctrine, inquiètes à juste titre de cette situation et des inconvénients inhérents à l'application rigoureuse des principes, tentèrent d'y apporter des tempéraments. Ces tempéraments étaient de deux sortes : ceux imaginés par la jurisprudence et ceux imaginés par la pratique.

1° — Tempéraments imaginés par la jurisprudence

La Cour de cassation estimait que, du moment qu'en vertu des statuts il existait entre les actionnaires et les porteurs de parts un lien contractuel, ce lien devait être suffisamment souple pour justifier les modifications indispensables à la bonne marche de l'entreprise : « Attendu que s'il y a entre les actionnaires et les porteurs de parts

un lien contractuel en vertu duquel les assemblées générales, de quelques pouvoirs qu'elles soient investies pour la gestion des affaires sociales, ne peuvent y faire entrer aucune combinaison, tendant à frustrer la première catégorie de ces intéressés au profit de la seconde, à moins que les mesures adoptées ne soient imposées par des circonstances dont il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement la gravité » (1).

A l'appui de cette théorie, la Cour suprême faisait valoir que, du seul fait de leur adhésion aux statuts, les porteurs de parts entendaient se soumettre d'avance aux bonnes et aux mauvaises fortunes de la société et donc, lorsque l'intérêt de la société était en jeu, il était nécessaire de leur imposer une modification, même portant atteinte à leurs droits : « Attendu que dans les sociétés dont les statuts ont créé des parts de fondateur, les bénéficiaires de ces parts ou leurs ayants droit se trouvent unis à la société par un lien contractuel et restent ainsi soumis aux nécessités financières qu'impose la situation sans pouvoir se soustraire aux mesures prises par les assemblées générales à la condition, toutefois, que ces mesures aient été prises dans la limite des pouvoirs desdites assemblées et dans un intérêt commun, que les tribunaux sont dès lors tenus de s'expliquer sur les circonstances invoquées pour justifier ces mesures » (2).

2°. — *Tempéraments imaginés par la pratique*

A côté de ce tempérament jurisprudentiel, la pratique, elle aussi, de son côté, tenta de remédier aux inconvénients du système en vigueur. C'est dans ce but qu'on imagina

(1) C. Cass., 8 déc. 1902, *Journ. des Soc.* 1903.295.

(2) C. Cass., 29 mars 1909, D. P. 1910.1.84.

d'imposer statutairement aux porteurs de parts l'obligation de se grouper en une association avec laquelle la société pourrait traiter directement sans qu'il lui soit nécessaire d'obtenir l'unanimité de consentement de tous les porteurs de parts.

Très rapidement, se multiplièrent ces groupements de porteurs de parts dont les représentants avaient la faculté de traiter avec la société.

Désormais, le refus ou l'abstention d'un seul propriétaire de parts ne suffisait plus à faire obstacle à la réalisation d'une modification quelle qu'elle soit, du moment que la majorité du groupement s'était prononcée pour la modification.

Un autre intérêt de ces groupements, c'était que, désormais, non seulement la société ne se heurtait plus à l'inertie d'un ou de quelques porteurs de parts, mais encore ces groupements permettaient aux porteurs de parts, alors associés, de défendre leurs droits au lieu d'être dispersés et isolés, ne se connaissant pas et incapables de se défendre. Le seul fait d'être groupés leur permettait de former une masse importante avec laquelle la société devait compter.

Malgré ces deux palliatifs, la situation restait quand même assez tendue entre actionnaires et porteurs de parts.

D'abord ces groupements de porteurs de parts n'étant pas obligatoires, dans beaucoup de sociétés, les associations de porteurs de parts de fondateur n'étaient pas organisées.

De leur côté, également, les tribunaux ne se pliaient pas uniformément aux directives édictées par la Cour de cassation. C'est ainsi que nous trouvons, en 1927, deux décisions s'écartant totalement des arrêts de cassation cités ci-dessus.

La Cour de Bordeaux, dans un arrêt du 28 novembre 1927, déclarait que « ... sans doute un article de la Compagnie Bordelaise donne pouvoir aux assemblées générales d'actionnaires de cette Compagnie de modifier le partage des bénéfices, mais qu'une faculté aussi large n'apparaît pas comme suffisante pour autoriser ces assemblées à diminuer, sans l'assentiment des porteurs de parts, les avantages conférés à ces derniers qui ont avec la Compagnie un véritable lien contractuel » (1).

C'était dans le même sens que s'était prononcé quelques mois plus tôt le Tribunal civil de la Seine. Il s'agissait alors d'un conflit entre actionnaires et porteurs de parts, au sujet d'une délibération de l'assemblée des actionnaires prononçant la dissolution anticipée d'une société. Le Tribunal civil de la Seine annula la délibération pour le motif que « les décisions votées par l'assemblée générale extraordinaire, en restreignant les droits des porteurs de parts, sont contraires au pacte social et que c'est à bon droit que les demandeurs prétendent qu'elles ne leur sont pas opposables, lesdites dispositions ne pouvant être vis-à-vis des porteurs de parts que facultatives et non impératives » (2).

Voici donc quelle était la situation lorsque fut votée la loi de 1929.

SECTION II

Influence de la loi de 1929

Aux termes de l'article 7 de cette loi, « l'assemblée générale régulièrement constituée statue sur toutes les

(1) C. d'Appel de Bordeaux (1^{re} Ch.), 28 nov. 1927, *G. P.* 1928.1.294.

(2) Trib. civ. Seine (1^{re} Ch.), 13 juin 1927, *Gaz. Pal.* 1928.2.827.

questions qui lui sont soumises. Elle peut consentir notamment à toutes les modifications dans le régime des parts, dans leur forme, dans la durée et le montant de leurs droits aux bénéfices et dans le mode de calcul de ces droits, au rachat des parts par la société, à la conversion des parts en actions ou obligations. Les décisions prises par l'assemblée générale sont obligatoires pour tous, même pour les absents, dissidents et incapables ».

Ce texte constitue l'innovation la plus fondamentale de la loi. Le législateur rend obligatoires les groupements de porteurs de parts et il soumet ces groupements à la loi de la majorité. Les pouvoirs de cette assemblée semblent illimités. En principe, aucune modification ne peut être apportée au régime des parts sans cet assentiment préalable et nécessaire de l'assemblée des porteurs de parts.

C'est pourquoi, a-t-on souligné, si cette loi est dans une certaine mesure favorable aux sociétés, elle leur est en même temps défavorable.

Favorable en ce qu'elle leur permet de réaliser plus facilement qu'auparavant les modifications envisagées en assemblées d'actionnaires puisqu'elles ne se heurtent plus au principe de l'article 1134 du Code civil.

Défavorable, au contraire, en ce que, jusqu'alors, les délibérations des assemblées d'actionnaires, portant atteinte aux droits des porteurs de parts, étaient le plus souvent validées par les tribunaux, basant leurs décisions sur l'idée d'intérêt social et tempérant de la sorte la rigueur du principe. Désormais, en vertu de cet article 7, les sociétés ne peuvent plus faire état de leur mauvaise situation ou invoquer les circonstances économiques défavorables pour tenter d'imposer leurs délibérations aux porteurs de parts. Il résulte de l'ensemble des règles édictées par la

loi nouvelle que les décisions prises à la majorité en assemblée de porteurs de parts sont absolues et définitives : les sociétés doivent en tenir compte, elles ne peuvent passer outre, sauf le cas particulier de dissolution anticipée prévu dans l'article 8.

Mais, en sens inverse, la loi de 1929 est également favorable et défavorable aux porteurs de parts.

Favorable, en tant qu'elle organise les groupements de porteurs de parts, permettant ainsi aux propriétaires de ces parts de se défendre contre les manœuvres le plus souvent abusives des assemblées d'actionnaires, décisions qu'ils ne pouvaient ou bien n'osaient attaquer tant qu'ils étaient isolés et disséminés.

Défavorable, au contraire, en ce que le but principal de la loi — et cela n'est pas douteux — a été de rendre obligatoires les groupements de porteurs de parts pour les soumettre à la loi de la majorité. C'est en cela, a-t-on souligné, que la loi de 1929 est une loi dirigée contre les parts plutôt qu'une loi en leur faveur, car dans l'application pratique on enregistre que cette règle constitue un avantage appréciable pour les sociétés, auxquelles il suffit souvent de s'entendre d'avance avec un groupe de porteurs de parts qui leur assure la majorité. De la sorte, les sociétés ne risquent plus de se heurter à des séries d'actions individuelles intentées par des porteurs de parts mécontents non groupés.

Mais est-ce que les pouvoirs ainsi conférés par la loi à l'assemblée des porteurs de parts sont absolument illimités, ainsi qu'ils apparaissent à première analyse ?

Suffit-il aux porteurs de parts de se retrancher derrière la décision de l'assemblée pour que la société soit obligée de s'incliner ?

En sens inverse, la majorité peut-elle dans tous les cas et en toutes circonstances imposer son point de vue à la minorité ? En un mot, la majorité fait-elle la loi à la minorité ?

En résumé, cette toute-puissance de l'assemblée des porteurs de parts ne comporte-t-elle aucune restriction, et ses décisions sont-elles en toutes circonstances souveraines et obligatoires par le seul fait qu'elles sont votées dans les conditions de quorum et de majorité exigées ?

Nous ne croyons pas qu'une telle hypothèse soit admissible, car, en réalité, dans le premier cas, ce serait aboutir au résultat exactement opposé à celui visé par la loi et, dans le second cas, ce serait brimer la minorité en autorisant la majorité à les spolier sans leur accorder de moyens de défense.

Nous allons voir quels sont les tempéraments susceptibles d'atténuer la rigueur du principe 1° au profit de la société et 2° au profit des porteurs de parts de la minorité.

1° — *Limites apportées à l'omnipotence
de l'assemblée générale des porteurs de parts
en faveur de la société*

En vertu du texte légal, la société risque de se heurter à l'opposition formelle de l'assemblée des porteurs de parts refusant de consentir aux sacrifices ou aux renonciations sollicités par elle en raison des événements ou des circonstances économiques et sociales. Que se passera-t-il dans cette hypothèse ?

Si l'on s'en tient à l'analyse très stricte et littérale des termes de la loi, sans aucun doute, la décision prise par l'assemblée des porteurs de parts est souveraine et la

société émettrice est obligée de s'incliner devant l'avis émis par la majorité des porteurs de parts.

Mais si c'est là le principe édicté par la loi, quelle en est l'application pratique ? Nous avons vu ci-dessus (p. 119) en étudiant la constitution d'un fonds de réserves extraordinaires ce qu'il fallait penser de cette règle et comment il était de l'évidence même qu'elle ne pouvait faire l'objet d'une interprétation trop stricte au risque de nuire à la société, sans pour cela favoriser les porteurs de parts qui, par ignorance ou bien entêtement, s'opposeraient à toute modification du régime social indispensable dans l'intérêt de tous, tant porteurs de parts qu'actionnaires, notamment dans toute circonstance où l'intérêt social est en jeu. Il est évident qu'une interprétation trop littérale de la loi risquerait de porter un coup terrible aux sociétés ; ce serait les priver du bénéfice de la jurisprudence antérieure, laquelle, lorsqu'elle était saisie de conflits de cette espèce, tenait toujours compte de l'intérêt général, c'est-à-dire de l'intérêt social, pour se prononcer.

Dans ce chapitre, nous avons alors examiné les opinions émises au sujet de l'innovation apportée dans ce domaine par la loi de 1929 ; nous ne reprendrons donc pas ici ces discussions ; nous nous contenterons de redire seulement que, seul, l'avenir apportera une réponse en montrant quelle position adoptera la jurisprudence, soit qu'elle continue à rester fidèle à sa ligne de conduite antérieure, basée sur l'intérêt social, soit, au contraire, qu'elle prenne le parti opposé, interprétant très strictement les termes de cet article 7 de la loi. Cette dernière solution semble très problématique car ce n'était certes pas le but visé par le législateur, si l'on s'en réfère aux travaux préparatoires de la loi et aux idées exprimées par les différents rapporteurs

et promoteurs de cette loi. C'est ainsi que M. Cordonnier, dans son commentaire de la loi, rappelle que « dans son rapport à la Chambre des Députés (1927) M. Levasseur insiste principalement sur l'utilité d'imposer aux porteurs de parts la loi de la majorité, afin que l'opposition de certains d'entre eux ne soit pas une gêne pour le développement et l'évolution de la société » et plus bas il rapporte cette déclaration de M. Lesaché, rapporteur de la Commission de Législation civile et criminelle de la Chambre (1928) : « L'objet de la loi, il ne faut pas l'oublier, est de priver les porteurs de parts des droits qui leur avaient été conférés lors de la création des parts. »

Voici une déclaration qui ne laisse subsister aucune illusion sur l'intention primordiale du législateur et sur le but principal recherché. Il serait par conséquent étrange de supposer que cette loi, par une interprétation trop sévère, puisse se retourner contre la société elle-même et aboutir à un résultat inverse de celui qui fut visé.

En tous les cas, quelle que soit la position qu'adoptera la jurisprudence, les sociétés ont à leur portée un remède radical pour tourner la rigueur du principe — remède dont elles sauront d'ailleurs user aux dépens des porteurs de parts — c'est la possibilité de prononcer la dissolution anticipée prévue et réglementée par l'article 8 de la loi.

Les porteurs de parts ne peuvent en aucun cas empêcher cette dissolution anticipée. Ils ne peuvent jamais obtenir que des dommages-intérêts, quand cette dissolution est manifestement frauduleuse à leur égard et qu'aucune raison ne permet de la justifier. Cette dissolution anticipée est un moyen pratique mis à la disposition des sociétés pour se débarrasser des porteurs de parts. C'est pourquoi, quand la présence de ces derniers devient gênante, la société n'hé-

site pas à prononcer sa dissolution anticipée. Puis, avec les capitaux de la société dissoute, une nouvelle société est constituée. Deux solutions sont alors possibles : ou bien les porteurs de parts sont exclus de la société nouvelle, ou bien ils y demeurent, mais avec un nouveau statut différent du précédent.

Voici donc quels sont les pouvoirs de l'assemblée des porteurs de parts avec tous les tempéraments susceptibles d'atténuer la rigueur par trop impérieuse du principe, en limitant cette omnipotence de l'assemblée vis-à-vis de la société elle-même.

*2°. — Limites apportées à l'omnipotence
de l'assemblée générale des porteurs de parts
en faveur des membres de la minorité*

Mais cette omnipotence de l'assemblée des porteurs de parts, en dehors des tempéraments apportés à la rigueur du principe en faveur de la société, est-elle souveraine dans les rapports des porteurs de parts entre eux ? La loi, dans l'alinéa 2 de son article 7, spécifie que les décisions prises par l'assemblée générale sont obligatoires pour tous, même pour les absents, dissidents et incapables. Les termes de cet article sont absolus. C'est l'affirmation de la règle générale d'après laquelle la majorité des voix exprimées fait la loi. Mais quelle est la portée exacte de ce principe majoritaire ? Ne subit-il pas certaines restrictions dans certaines hypothèses ? C'est ici une des questions du problème beaucoup plus général concernant la protection des minorités à l'encontre des pouvoirs de la majorité : les membres de la minorité sont-ils livrés pieds et poings liés aux caprices des membres de la majorité, ou bien ont-ils des instruments de défense à leur portée ? La majorité est-elle toujours

omnipotente ou bien peut-elle se briser contre la volonté nettement exprimée de quelques membres dissidents ?

C'est là un point délicat que rien dans notre législation ne permet de résoudre d'une façon précise. Seule, la jurisprudence a tenté d'y apporter une solution en tempérant la rigueur de ce principe au profit des membres de la minorité. « Quelque larges que soient les termes employés par le législateur, écrit M. Rault, les principes généraux permettent cependant de tempérer la rigueur du principe dans les hypothèses où les pouvoirs conférés à la majorité aboutiraient en fait à des résultats inacceptables » (1).

Dans le silence de la loi, cette protection des minorités à l'encontre des décisions des majorités dépend entièrement des solutions jurisprudentielles, car c'est là une source de difficultés, point de départ de procès qui sont soumis à l'appréciation des tribunaux. C'est ainsi qu'a été élaborée peu à peu une théorie jurisprudentielle.

Le juge, pour baser sa conviction, doit scruter les intentions de la majorité. Selon les circonstances, ou il validera les décisions de la majorité à l'encontre des griefs de la minorité, ou bien il annulera ces décisions au profit de la minorité, à moins qu'il ne lui accorde que des dommages-intérêts en compensation, quand la nullité n'est pas possible pour la sauvegarde du droit des tiers.

Dans ce domaine, la jurisprudence s'appuie sur deux grandes idées : celle de bonne foi qui doit toujours présider aux rapports des associés entre eux et celle d'abus de droit ou de détournement de pouvoirs.

A ce sujet, M. Rault écrit encore : « L'examen des espèces révèle que la jurisprudence fait appel pour assurer la

(1) RAULT, *op. cit.*, p. 442.

protection des droits de la minorité à cinq notions différentes : la fraude, le dol, l'abus du droit, le détournement de pouvoirs, enfin à la notion de droits essentiels conférés aux porteurs de parts » (1). Ce sont là des points qui demanderaient sans doute quelques précisions, mais elles ont fait l'objet de nombreux commentaires ; c'est pourquoi nous ne nous y attarderons pas ici, car cela risquerait de nous entraîner trop loin. Nous nous contenterons seulement de préciser qu'en toutes circonstances les porteurs de parts de la minorité pourront se prévaloir de cette jurisprudence pour tenter de se défendre contre les abus fréquents et répétés des porteurs de parts de la majorité.

Mais, ici, le problème de la protection des porteurs de parts de la minorité se complique du fait que les assemblées de porteurs de parts sont composées, non seulement de porteurs de parts purs et simples, mais aussi de porteurs de parts ayant d'autres intérêts dans la société en tant qu'actionnaires ou bien qu'administrateurs, « dont les intérêts sont naturellement opposés à ceux des porteurs de parts », comme le fait remarquer avec juste raison M. Wahl (2) ; et, plus bas, cet auteur ajoute, poursuivant la même idée, « la loi n'a pas exclu des assemblées les titres appartenant aux administrateurs et actionnaires » .

C'est également contre ce même inconvénient de la loi que s'est élevée une grande partie de la doctrine qui fit remarquer que, dans tous les cas, la majorité obtenue ne serait qu'un trompe-l'œil, cette majorité comprenant fréquemment un grand nombre d'actionnaires qui, en cette deuxième qualité, risquent souvent d'être en conflit d'inté-

(1) RAULT, *op. cit.*, p. 444.

(2) WAHL, *op. cit.*, p. 357.

rêts avec les autres porteurs de parts. « Ne voit-on pas à l'évidence, fait remarquer M. Gain à ce propos, que dans l'assemblée des porteurs de parts ceux qui seront en même temps actionnaires pourront avoir intérêt à sacrifier les droits qu'ils ont en tant que porteurs de parts pour consolider ceux dont ils jouissent en tant qu'actionnaires. Et où sera dès lors la sincérité du vote dans une semblable assemblée ? » (1).

M. Gain souligne en termes énergiques ce point faible de la loi, point faible qui, dans certaines circonstances, peut conduire à des solutions dangereuses. En effet, l'un des gros griefs que l'on puisse formuler contre cette loi, c'est de n'avoir pas interdit l'accès des assemblées des porteurs de parts aux porteurs à la fois propriétaires de parts et d'actions, car les intérêts de ces derniers sont départagés et il est à craindre que les décisions prises par le groupement dans ces conditions manquent d'impartialité. Or, il est de l'évidence même que les questions qui font l'objet des délibérations de l'assemblée ont principalement pour fin de régler quelques divergences d'intérêt entre actionnaires et porteurs de parts. Comment ne pas douter alors de la sincérité des décisions prises en partie par des individus titulaires de deux titres dont les intérêts se contrarient ? Il est probable qu'ils sacrifient l'un à l'autre et, en général, vu les circonstances, ils sacrifient leur intérêt de porteurs de parts au profit de leur intérêt d'actionnaires.

Le législateur aurait dû prévoir cette difficulté et n'ouvrir l'accès des assemblées de porteurs de parts qu'aux propriétaires de parts de fondateur seulement.

Est-ce que les porteurs de parts de la minorité ne pour-

(1) GAIN, *Commentaire de la loi de 1929*, D. P. 1929, IV, p. 53.

raient pas se prévaloir de cette circonstance pour tenter de faire annuler les décisions de l'assemblée des porteurs de parts qui leur seraient défavorables, sans qu'il soit nécessaire d'entreprendre un examen plus approfondi des intentions des membres de la majorité ?

C'est une solution positive qui semble résulter de cette décision de la Cour de Montpellier. Il s'agissait en l'espèce d'une société possédant des actions et des parts. Les statuts de la société autorisaient le rachat des parts, mais ce rachat, pour être valable, devait être approuvé par l'assemblée des porteurs de parts dans certaines conditions de quorum et de majorité. Or, le 26 juin 1926, l'association des porteurs de parts décida le rachat des parts dans les conditions de quorum et de majorité exigées par les statuts, mais un des porteurs de parts non convoqué à l'assemblée, attaqua la décision de l'assemblée sous le prétexte que le rachat au taux fixé (1 franc par part) n'avait pour but que de dissimuler une suppression déguisée des parts. Il reprochait à la société de ne pas l'avoir convoqué et surtout, il signalait le fait que la décision avait été prise par un groupe de porteurs de parts possédant la majorité des actions et des parts dans le seul intérêt des actionnaires et en fraude des droits des propriétaires de parts dissidents.

La Cour annula la délibération en tenant compte de cet argument :

« Attendu qu'en consentant le rachat des parts bénéficiaires au prix de 1 franc par titre, c'est ce résultat (suppression déguisée) qui a été voulu et recherché par les actionnaires de la Société des Wagons-réservoirs du Sud-Ouest qui, à leur qualité d'actionnaires, joignaient celle de porteurs de parts, comme le prouve le rapprochement des feuilles de présence jointes au procès-verbal de l'assemblée

générale ordinaire et extraordinaire de la Société, tenue le 26 juillet 1926, pour voter la proposition de rachat et au procès-verbal de l'assemblée des porteurs de parts réunis à la même date pour l'accepter. » (1)

Sans doute, en l'espèce, s'agissait-il d'une fraude, mais d'une fraude manifeste qu'on ne pouvait méconnaître en raison de cette double qualité de porteur de parts et d'actionnaire réunie sur la même tête et permettant d'autant mieux de suspecter la bonne foi et l'impartialité des membres de la majorité.

Il semble bien que dans tout conflit de la même nature, il ne serait pas nécessaire de pousser beaucoup plus loin l'analyse des intentions ayant guidé les membres de la majorité, il suffirait que les juges constatent cette double qualité de porteur de parts et d'actionnaire pour dépister la fraude et, par suite, pour déclarer la délibération de l'assemblée des porteurs de parts inopérante à l'encontre des membres de la minorité.

Voici quels sont en principe et surtout en réalité les pouvoirs de l'assemblée des porteurs de parts. Ces associés, en vertu de la loi ou des statuts, sont détenteurs de certains droits. Or, ces droits sont intangibles. Les actionnaires sont tenus de les respecter : c'est ainsi qu'aucun rachat, aucune diminution du pourcentage, aucune conversion des parts en actions ou obligations ne peut être opéré sans le consentement de cette assemblée. Et, d'après le texte légal, cette assemblée est toute-puissante, mais, en pratique, de nombreux tempéraments et des exceptions sont apportés à cette règle.

En fait, les pouvoirs de ces assemblées sont beaucoup plus

(1) C. d'Appel de Montpellier, 17 déc. 1930, *J. des Soc.* 1932, p. 22.

apparents que réels, car elles restent toujours subordonnées aux décisions de l'assemblée des actionnaires. En effet, ces assemblées de porteurs de parts ne peuvent jamais de leur seul gré apporter une modification, quelle qu'elle soit, à leur régime. A tout moment de leur existence, les parts restent sous la dépendance de la société émettrice et subissent étroitement son contrôle.

En réalité, les assemblées de porteurs de parts doivent être surtout et essentiellement considérées comme des organes de défense. Si ce n'était pas là le but visé par le législateur quand il a rendu obligatoires ces groupements, du moins nous estimons pour notre part que c'est de toute évidence le rôle qu'ils sont destinés à jouer et qu'ils doivent jouer dans l'avenir, avec sans doute les tempéraments que la jurisprudence sera toujours en mesure d'y apporter dans le seul intérêt social en dépistant toutes les fraudes possibles.

TITRE II

Droits des porteurs de parts sur les primes d'émission, sur les réserves et les boni de liquidation

Jusqu'ici, nous n'avons examiné qu'un côté de la question, à savoir quelle était l'étendue exacte des droits des porteurs de parts sur les bénéfices annuellement répartis par la société entre les divers ayants droit.

Il nous faut maintenant étudier une autre question. Il s'agit de rechercher si, en dehors de ce droit aux dividendes, les prérogatives des porteurs de parts ne s'étendent pas à d'autres sommes également encaissées par l'entreprise au cours de la vie sociale, mais non immédiatement réparties par elle, soit par mesure de précaution, soit par impossibilité : or, ces sommes ainsi mises de côté figurent à divers postes du passif du bilan : tels sont, par exemple, les comptes de réserves et les primes d'émission.

De plus, la société ne peut pas annuellement dans son bilan établir un compte strictement exact de tous les bénéfices réalisés par elle, en refaisant l'évaluation de ses biens meubles et immeubles et tout naturellement, elle a tendance à les sous-estimer, de sorte qu'au jour de la liquidation, elle se trouve en présence d'une plus-value qui peut parfois être considérable.

La question se pose alors de savoir à qui appartient cette plus-value : aux actionnaires seuls ou bien les porteurs de parts peuvent-ils prétendre exercer des droits sur cette somme souvent désignée sous l'appellation de boni de liquidation ?

Or, cette question de la répartition des bénéfices lors de la liquidation sociale est une question très délicate, car la loi de 1929 n'y fait pas allusion ; quant aux statuts, ou bien ils sont muets, négligeant totalement de la réglementer, ou bien s'ils contiennent quelques stipulations à ce sujet, le plus souvent ces dernières sont flottantes et imprécises, laissant de la sorte libre cours aux interprétations multiples et variées.

Pourtant, il nous semble indispensable d'apporter des précisions sur ces divers points afin de pouvoir déterminer exactement en quoi consistent les droits respectifs des actionnaires et des porteurs de parts sur les bénéfices sociaux, car ce droit, à notre avis, ne se borne pas uniquement à une simple participation dans la distribution des dividendes annuellement répartis, mais s'étend sans aucun doute aux bénéfices *in globo*, c'est-à-dire aux bénéfices qui n'ont pu être distribués au cours de la vie sociale, comme nous l'avons expliqué dans notre titre préliminaire (v. ci-dessus, p. 32) et dont certains ne peuvent d'ailleurs apparaître que lors de la liquidation de la société.

C'est l'examen de ces diverses questions qui va faire l'objet de ce titre deuxième.

CHAPITRE PREMIER

DROITS DES PORTEURS DE PARTS SUR LES PRIMES D'ÉMISSION

A l'un des postes de l'inventaire figure un compte spécial sous la rubrique « primes d'émission ».

Or, un des conflits fréquents entre actionnaires et porteurs de parts a pour origine les prétentions élevées par les porteurs de parts au sujet de ces primes. Les porteurs de parts soutiennent que ces primes constituent des bénéfices sociaux auxquels ils ont droit, en vertu de la loi elle-même et en dehors de toute stipulation statutaire leur réservant expressément un droit sur ces primes. Au contraire, de leur côté, les actionnaires soutiennent que ces primes, en dehors d'une stipulation précise des statuts, échappent aux prétentions des porteurs de parts, car elles ne constituent jamais des bénéfices : ayant le caractère d'un apport supplémentaire, elles permettent d'équilibrer la situation entre actionnaires nouveaux et actionnaires anciens et, par suite, ne concernent donc que les rapports des actionnaires entre eux.

Comment résoudre ce conflit ? Quels sont les droits respectifs des actionnaires et des porteurs de parts sur ces primes ? C'est ce que nous allons examiner maintenant. Mais pour pouvoir résoudre facilement cette question, il faut en premier lieu dégager la nature juridique de la prime

d'émission afin de voir si elle rentre réellement dans la notion de bénéfices distribuables. Puis, alors, nous pourrions examiner la valeur des prétentions émises par les porteurs de parts sur ces sommes qui viennent enrichir le patrimoine de la société au cours de son existence. Ces prétentions sont-elles justifiées ? ou bien, au contraire, sont-elles mal fondées ?

I. — La prime est la somme qui, lors de la souscription, est exigée de l'actionnaire en sus du capital nominal de l'action.

On dit que l'action est émise au-dessus du pair ou bien émise avec prime. Cette prime peut varier selon la catégorie des souscripteurs.

Cette émission au-dessus du pair peut avoir lieu lors de la constitution de la société : c'est un apport supplémentaire alors exigé des actionnaires. Mais c'est surtout lors de l'augmentation du capital que sont émises ces actions avec primes (1).

La question qui se pose est celle de savoir quel est le rôle exact de la prime ? A quoi correspond-elle ? Pourquoi l'exige-t-on des actionnaires en sus du montant nominal de l'action ? D'après la jurisprudence civile « la prime a pour but de maintenir l'égalité entre les anciens et les nouveaux actionnaires » (2).

En règle générale, lorsqu'une société émet des actions au-dessus du pair, cela laisse entrevoir une situation sociale prospère : il est donc normal que lors de l'augmentation du capital, le droit d'entrée dans la société soit légèrement

(1) Formule type d'augmentation de capital par émission d'actions avec primes : « capital porté de X francs à X francs par la création de actions de 500 fr. émises à 600 fr., soit avec une prime de 100 fr. »

(2) M¹⁰ VANDAMME, *Annales de dr. com.*, p. 177.

majoré. C'est cette différence entre la valeur réelle de l'action et la somme exigée des nouveaux souscripteurs qui constitue la prime.

Il est équitable que les associés primitifs qui ont pu connaître des heures très dures, traverser des périodes critiques, ne voient pas venir en concurrence avec eux des souscripteurs nouveaux, qui, sans aucune charge supplémentaire, jouiraient exactement de la même situation, profitant dès leur entrée dans la société, de tous les avantages d'une entreprise en pleine activité.

En réalité, le paiement de la prime peut être assimilé à l'acquittement d'un droit d'entrée par les nouveaux souscripteurs.

Au fond, cette prime est destinée à contrebalancer les réserves apparentes ou occultes de la société, ainsi que la plus-value que l'actif social a pu acquérir depuis les origines de la société jusqu'à l'augmentation du capital social par émission d'actions nouvelles avec primes.

Cette prime, ainsi exigée lors de la souscription, va permettre aux nouveaux actionnaires d'exercer tous leurs droits au même rang que les anciens actionnaires sans que leur entrée dans la société ne cause le moindre préjudice à ces derniers qui ne peuvent alors en prendre ombrage.

Mais, si tel est le rôle que la prime est destinée à jouer dans la société, quelle est alors sa nature juridique ? Les porteurs de parts peuvent-ils prétendre que leur droit aux bénéfices sociaux s'étend à ces primes ?

II. — Cette question de la nature juridique de la prime d'émission a donné lieu à de vives controverses jusqu'à un arrêt de la Cour de Cassation du 8 janvier 1935, arrêt qui semble avoir apporté en la matière une solution raisonnable mettant fin aux discussions antérieures.

Cette décision de la Cour de Cassation semble sans doute en contradiction avec sa jurisprudence antérieure, mais, au fond, cette contradiction n'est qu'apparente. Dans l'espèce en question, la Cour suprême fut appelée à se prononcer sur le terrain du droit privé, tandis que jusqu'alors, dans les affaires qui lui avaient été soumises, il s'agissait surtout de déterminer la nature juridique de la prime sur le terrain fiscal.

En effet, c'est sur le terrain fiscal que les premières difficultés furent soulevées.

La question qui se posait alors était celle de savoir quelle était la nature de la prime au point de vue fiscal : devait-elle être soumise à l'impôt sur le revenu, à l'impôt sur les richesses mobilières ou bien à la patente ? Sur ce terrain fiscal, la solution du problème dépendait déjà du caractère juridique reconnu à la prime. La prime constituait-elle un capital ou bien un apport en dehors du capital ?

Ce problème fut soulevé à l'étranger bien avant d'être soulevé en France.

C'est ainsi qu'après plusieurs revirements de jurisprudence, la Cour de Cassation italienne se fixait définitivement en 1911 : pour elle, la prime est un revenu assujettissable à l'impôt sur les richesses mobilières.

A peu près à la même époque, en Allemagne, la Cour d'Empire de Leipzig se prononçait en sens contraire, assimilant la prime à une augmentation du capital social et, par suite, en la soumettant à l'impôt sur le revenu.

Quant à la jurisprudence belge, elle se ralliait à la troisième solution, assimilant la prime d'émission à un accroissement du capital frappé par la loi fiscale de patente (1).

(1) V. HOUPIN, *Journ. des Soc.* 1915, p. 146.

Ce n'est qu'un peu plus tard que la jurisprudence française eut à se prononcer sur cette question. Mais en France ce fut aussi sur le terrain fiscal que le problème fit sa première apparition.

Les solutions les plus diverses furent alors proposées, mais il semble que le Conseil d'Etat ait nettement pris position dans un arrêt du 24 mars 1926 (1) : « La prime d'émission, déclarent les juges administratifs, versée par les nouveaux actionnaires lors d'une augmentation de capital social, représente la somme exigée d'eux en sus du montant nominal de l'action pour devenir associés et participer à la répartition des bénéfices et de l'actif social. Ayant uniquement sa source dans un versement directement effectué par les associés, cette prime ne peut être comprise parmi les produits nets de l'entreprise visés à l'article 2 de la loi du 1^{er} juillet 1916 et ne fait pas partie du bénéfice normal de la société pour le calcul de la contribution extraordinaire sur les bénéfices de guerre. »

Des termes mêmes de cet arrêt, on est en droit de conclure que, pour le Conseil d'Etat, la prime d'émission ne constitue pas un bénéfice. Mais, alors, à quoi peut-elle être assimilée ? Dans quelle catégorie peut-on la ranger ? Ajoutons, d'ailleurs, tout de suite, que si telle est la solution admise par le Conseil d'Etat, en l'espèce, c'est loin d'être celle qui est universellement adoptée par l'ensemble de la jurisprudence administrative. De son côté, la doctrine n'est pas entièrement d'accord avec cette jurisprudence.

Sur le terrain du droit privé, ce n'est qu'un peu plus tard que les tribunaux furent appelés à se prononcer à leur tour. Mais la doctrine n'avait pas attendu cette époque

(1) C. d'Etat, 24 mars 1926, D. P. 1928.3.5 et note HAMEL.

pour examiner le problème, essayant de lui donner une solution logique.

C'est ainsi que diverses théories ont été soutenues.

Pour certains auteurs, la prime constitue un capital supplémentaire s'ajoutant au capital de l'action (1). Mais, à côté de cette doctrine, du reste isolée et qui ne fut jamais consacrée par la jurisprudence, la majorité des auteurs se rallient à une seconde théorie, d'après laquelle la prime d'émission est, non pas un capital supplémentaire s'ajoutant au capital social, mais un apport supplémentaire d'une nature particulière (2).

Or, parallèlement à cette doctrine, assez ferme et presque uniforme, la jurisprudence civile, au contraire, se révèle hésitante et se contredit facilement. Elle tâtonne, ne donnant pas de solution nette, précise et concluante.

C'est ainsi qu'en 1917, la Cour de Cassation, rejetant l'opinion doctrinale, consacre la thèse inverse assimilant la prime à un bénéfice social : « Attendu, déclare la Cour, que le pourvoi soutient, subsidiairement, que l'admission de la créance litigieuse au passif de la faillite aurait dû, tout au moins, être ordonnée jusqu'à concurrence d'une somme de 400.000 francs, représentant le total des primes d'émission encaissées par la Société des automobiles de la Buire, lors de l'augmentation de son capital social ; que cette somme constituant un *bénéfice* aurait pu légalement être affectée au rachat des parts bénéficiaires... mais qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que le montant des bénéfices dont s'agit, confondu avec le reste de l'actif

(1) LYON-CAEN, *Rev. des Soc.* 1909, p. 186.

(2) HOUPIŒ, *Journ. des Soc.* 1915, p. 145 ; — AMIAUD, *Comptes des réserves dans les sociétés par actions*, 2^e éd., n^o 83 ; — THALLER et PIC, *Traité des Soc. commerciales*, n^o 1414.

social, a été absorbé par les besoins de la Société... » (1).

M. Wahl, qui se ralliait à l'opinion de la majorité des auteurs, semble ébranlé par cette jurisprudence. En effet, si, dans son *Précis de droit commercial*, il affirmait : « Dans sa nature juridique, la prime, quoique formant un supplément d'apport, ne fait pas, comme le montant nominal de l'action, partie du capital social, car le capital est constitué par le versement sujet à restitution. Or, la prime est, en raison même de son objet, versée définitivement et entre dans l'actif de la société. Elle n'est pas non plus un bénéfice pour la société, c'est-à-dire un fruit. Le bénéfice est constitué par les résultats de l'exploitation ; la prime est une prestation à fonds perdu qui constitue la compensation d'avantages attribués aux actionnaires » (2), or, plus récemment, étudiant la jurisprudence récente, il déclarait : « En droit, les primes sont bien un apport puisque les associés les versent pour obtenir des actions, c'est-à-dire des droits sociaux... Mais la Cour de Cassation a, également en matière fiscale et aussi en matière civile, déclaré formellement que pour la société les primes sont un bénéfice » et, à l'appui de cette constatation, il cite plusieurs décisions de la Cour suprême (3).

Mais si, dans ces décisions, la Cour de Cassation assimile alors le montant des primes d'émission reçues par une société à un bénéfice, du moins, depuis lors, elle s'est progressivement rapprochée de la thèse inverse soutenue par la majorité de la doctrine, thèse qui assimile le montant des primes, non plus à un bénéfice, mais à un apport

(1) Arr. C. Cass., Ch. Civ., 20 juin 1917, S. 1917.1.33.

(2) WAHL, *Précis de droit commercial*, n° 657.

(3) C. Cass., 7 nov. 1910, S. 1913.1.329 ; — 21 déc. 1925, *Rev. de l'Enregist.*, n° 8279, 11 avril 1927.2.36.

supplémentaire. C'est ainsi que dans deux affaires où elle eut à se prononcer en matière fiscale, elle déclarait successivement en 1930 et en 1931 « que la prime d'émission est un apport supplémentaire et non un bénéfice réalisé par la société, apport ayant uniquement pour destination de maintenir l'égalité entre les anciennes et les nouvelles actions » (1).

III. — Jusqu'alors la Cour de Cassation s'était prononcée sur le terrain fiscal, elle n'avait jamais eu à trancher la question sur le terrain du droit privé strict. C'est en 1935 que la Cour suprême eut réellement à aborder pour la première fois le fond du problème. En 1917 la Cour s'était sans doute prononcée, mais d'une manière tout à fait incidente, statuant en dehors des limites du débat, ce qui explique d'ailleurs la thèse alors émise. C'est d'ailleurs ce que M. Pilon fait ressortir si nettement dans son rapport à la Cour. « Aujourd'hui, dit-il, il ne s'agit plus de déterminer de la nature de la prime d'émission une conséquence d'ordre fiscal, mais — et c'est en cela que la question posée par le pourvoi est nouvelle — un effet purement civil » (2). La Cour est très ferme dans sa décision qui ne laisse subsister aucun doute : la prime dans le bilan représente non pas un bénéfice, mais un apport : « Attendu que les primes d'émission, apports supplémentaires exigés en vue d'assurer l'égalité entre les actions anciennes et les actions nouvelles, ne présentent pas, bien que faisant partie de l'actif social, les caractères d'un bénéfice réalisé par les sociétés » (3).

(1) C. Cass., Ch. des Req., 3 mars 1930, D. P. 1930.1.29 ; — C. Cass., Ch. Civ., 11 mars 1931, D. H. 1931.217.

(2) Rapport M. PILON, D. P. 1935.1.8.

(3) Arr. C. Cass., Req., 8 janv. 1935, D. P. 1935.1.8.

En 1935, l'affaire soumise au jugement de la Cour suprême était une affaire d'ordre strictement commercial. Il s'agissait de savoir si les porteurs de parts de la Société Poliet et Chausson avaient le droit d'exiger leur quote-part statutaire de bénéfices lors de la distribution de l'actif constitué par les seules primes d'émission. La solution dépendait évidemment de la nature juridique que la Cour reconnaîtrait à ces primes. Si ces primes constituaient un bénéfice, les porteurs de parts étaient en droit d'exiger leur part dans la distribution des primes. Si elles constituaient un apport, les porteurs de parts n'étaient nullement fondés dans leurs exigences, contrairement à l'opinion que M. Wahl a pu exprimer sur ce point. En effet, cet auteur, dans un ouvrage ancien, a déclaré : « Les statuts peuvent également décider que si une prime est imposée aux nouveaux actionnaires, elle sera répartie dans une certaine proportion entre les anciens actionnaires et les porteurs de parts. A défaut même de clause en ce sens, les porteurs de parts peuvent réclamer une portion des primes qui représentent le montant des réserves ou la plus-value du fonds social, c'est-à-dire des valeurs sur lesquelles ils ont des droits » (1). M. Wahl estime que du moment que les primes sont accumulées, les porteurs de parts, qui ont droit aux réserves, peuvent exercer leurs droits sur les réserves constituées à l'aide des primes. C'était sur ce point que la Cour de Cassation était appelée à se prononcer en 1935.

Mais voici l'exposé des faits : la Société Poliet et Chausson, constituée en 1901 en société anonyme, avait, à plusieurs reprises, procédé à des augmentations de capital par émission d'actions au-dessus du pair. Lors des émissions

(1) WAHL, *Les parts de fondateur*, n° 19, note 2.

d'actions avec primes, il n'avait été fait que de rares allusions au rôle ou à l'affectation de ces primes.

Dans divers bilans établis depuis l'émission des actions avec primes, ces primes d'émission avaient figuré sous un poste « Réserves extraordinaires », puis elles avaient été portées à un poste spécial « Primes sur émission », lequel poste, au lieu de figurer dans le chapitre « Réserves », avait été inscrit au poste « Fonds social ».

Le 29 avril 1927, l'assemblée ordinaire des actionnaires décidait, après avoir approuvé les comptes de l'exercice, de rembourser aux actionnaires, sur les primes d'émission versées par eux, une fraction égale à 10 francs par action.

Le 26 juillet 1927, un groupe de porteurs de parts de la Société des Etablissements Poliet et Chausson assignait la Société devant le Tribunal de Commerce de la Seine sous le prétexte que la décision de l'assemblée ordinaire des actionnaires violait le pacte social, les privant, eux porteurs de parts, de leurs droits aux bénéfices, prélevant sur les primes d'émission, c'est-à-dire sur une partie de l'actif social, une somme de 10 francs par action, sans prévoir un prélèvement similaire au profit des porteurs selon les droits qu'ils tiennent des statuts de la Société sur le fonds social. Le Tribunal de Commerce de la Seine, par un jugement en date du 28 août 1928, les déboutait de leur demande « attendu, en résumé, qu'étant constaté que les primes d'émission litigieuses ne constituaient pas un bénéfice social et qu'elles avaient gardé le caractère d'un apport destiné à opérer entre actionnaires nouveaux et anciens le règlement de leurs droits respectifs » (1).

Mécontents de cette solution, les porteurs de parts saisi-

(1) Tr. Com. Seine, 28 août 1928.

rent alors la Cour d'Appel qui, le 24 février 1931, confirmait le jugement du Tribunal de Commerce, estimant également pour sa part que la prime n'est pas un bénéfice réalisé par la Société : « Considérant que la prime d'émission n'est ni un produit du patrimoine social, ni un fruit de l'exploitation du fonds, qu'elle ne présente donc pas les caractères d'un bénéfice réalisé par la Société, mais que, sortie du patrimoine individuel des nouveaux associés pour enrichir celui de la Société, lui fournir un supplément de ressources et servir à développer ses moyens d'action, elle apparaît comme un apport supplémentaire, fait par les associés, dont la Société devient propriétaire, dont elle peut disposer et qu'il lui est loisible de consommer ; considérant, d'autre part, que cet apport est exigé des nouveaux associés en raison et en proportion de l'accroissement de valeur que l'effort des anciens actionnaires a procuré au fonds social ; que cette contribution supplémentaire qu'ils fournissent en entrant dans la Société a pour but et pour effet de les placer immédiatement vis-à-vis des anciens associés sur le pied d'égalité dans les sacrifices pécuniaires, et en conséquence de permettre de leur reconnaître des droits égaux aux distributions futures de dividendes et de réserves et au partage de l'actif social ; que ce résultat ne peut être obtenu sans qu'il en résulte de préjudice pour les anciens actionnaires que si l'apport des nouveaux est d'une valeur égale à la portion des droits qu'ils acquièrent sur la part d'actif existant qui est susceptible de revenir à l'ensemble des actionnaires et accroît cette part ; qu'il se déduit de ces considérations que si, au lieu d'être consommées, les primes ont été mises en réserve et qu'on les envisage en tant qu'élément d'actif partageable, on ne saurait, sans contredire la cause même de leur versement, faire parti-

ciper à la distribution de l'actif qu'elles constituent d'autres ayants droit que les actionnaires ; qu'on n'aperçoit, notamment, aucune raison pour y appeler les porteurs de parts bénéficiaires dont les droits, tant sur l'actif existant au moment de l'augmentation de capital que sur l'actif de la liquidation, fixés à une fraction immuable, ne sont pas influencés par l'accroissement au cours de l'existence sociale du nombre des actionnaires avec lesquels ils ne concourent pas » (1).

Incontestablement, il résulte des termes de cet arrêt que les primes, pas plus qu'elles ne constituent un bénéfice ne peuvent être assimilées aux réserves accumulées. Elles représentent seulement la compensation des avantages dont les actionnaires anciens vont être dépouillés au profit des actionnaires nouveaux. Les primes ne sont donc que la contre-partie du sacrifice exigé des actionnaires anciens, et des actionnaires seuls. En effet, il est hors de doute que, dès leur entrée dans la société, les actionnaires nouveaux jouissent instantanément — sauf clause contraire des statuts — des mêmes droits que les actionnaires anciens, notamment droit aux dividendes au cours de la vie sociale, de même que, lors de la liquidation, ils viennent, concurremment avec les actionnaires anciens, au partage des réserves accumulées et de la plus-value de l'actif. Les porteurs de parts, eux, au contraire, ne subissent aucun préjudice du fait de l'entrée des nouveaux actionnaires dans l'entreprise : ils continuent à toucher leur quote-part de dividendes et, à la liquidation de la société, leur part de réserves sera toujours la même. Les primes ne sont donc

(1) Arr. C. d'Appel de Paris, 1^{re} Ch., 24 fév. 1931, D. P. 1935.1.8.

destinées qu'à contrebalancer le déséquilibre inévitable entre les actions anciennes et les actions nouvelles.

La prime d'émission peut être versée directement lors de la souscription des actions avec prime entre les mains des actionnaires anciens, sans passer dans le patrimoine social. Dans ce cas, aucune difficulté : le montant des primes n'ayant pas séjourné dans le patrimoine social, les porteurs de parts renoncent à élever toute prétention sur ces sommes ; mais, au contraire, ils prétendent exercer leurs droits sur le montant des primes quand celles-ci ont séjourné dans le patrimoine social en invoquant comme prétexte, à l'appui de leurs prétentions, que les primes ayant figuré au bilan au poste des réserves, les actionnaires ont entendu par là renoncer au profit des porteurs de parts à leurs droits exclusifs sur la prime d'émission.

Ce raisonnement des porteurs de parts est absolument illogique et c'est à juste titre que la Cour d'Appel, comme le Tribunal de Commerce de la Seine, a repoussé leurs prétentions. Et c'est cette jurisprudence qu'a consacrée formellement la Cour de Cassation quand elle déclare : « Attendu que, sauf disposition contraire du pacte social, les parts de fondateur confèrent seulement des droits aux bénéfices sociaux et non aux autres éléments de l'actif social ; que les primes d'émission, apports supplémentaires exigés en vue d'assurer l'égalité entre actions anciennes et actions nouvelles, ne présentent pas, bien que faisant partie de l'actif social, les caractères d'un bénéfice réalisé par la Société... » (1).

Les statuts peuvent cependant décider que les porteurs de parts, au moment de la liquidation, viendront en concours

(1) C. Cass., Req., 8 janv. 1935, D. P. 1935.1.8.

avec les actionnaires au partage des primes accumulées. Une telle clause est valable puisque les parties ont toute liberté pour élaborer le pacte social, du moment qu'elles restent dans les limites fixées par la loi et par la morale. Mais, par contre, on ne peut nullement déduire du silence des statuts l'intention de la part des fondateurs d'étendre les droits des porteurs de parts sur les réserves constituées par l'accumulation des primes d'émission, quand les statuts n'accordent expressément aux associés qu'un droit sur les bénéfices distribuables, car il résulte, nous l'avons vu, de l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence, que les primes n'entrent pas dans les bénéfices distribuables, mais sont un apport spécial en dehors même du capital social. « Faire participer à cette distribution du montant des primes les porteurs de parts bénéficiaires, ce serait, à due concurrence, porter préjudice aux droits des actionnaires. C'est pour eux que les primes ont été exigées. Eux seuls en sont les destinataires. Il faudrait une clause des statuts pour leur enlever ou pour limiter ce droit privatif qu'ils ont sur les primes (1).

On peut faire remarquer, pour conclure, que les primes d'émission d'actions par leur maintien dans le patrimoine social sont déjà très profitables aux porteurs de parts. En effet, n'ont-elles pas pour résultat de faire entrer dans le patrimoine social des sommes parfois très considérables — ce qui était le cas dans l'affaire de la Société des Etablissements Poliet et Chausson — qui, avec le capital social, contribuent à produire des bénéfices élevés sur lesquels les porteurs de parts exercent leurs droits au même titre que les actionnaires, ce qui n'aurait pas lieu si les primes étaient

(1) M. PILON, rapport à la C. de Cassation, 8 janv. 1935, D. P. 1935.1.8.

partagées immédiatement lors même de l'augmentation du capital et de la souscription des actions.

Il serait donc souverainement injuste que les porteurs de parts, qui profitent déjà gratuitement de l'augmentation de bénéfices produits par l'accumulation et la mise en réserve des primes d'émission versées par les actionnaires, participent encore à la répartition de ces primes, alors qu'elles sont versées par les actionnaires pour établir l'égalité entre eux. Ce serait augmenter sans raison aucune la part attribuée aux parts bénéficiaires et conférer à celles-ci un certain droit sur la portion qui est la propriété exclusive des actions. « Les destinataires de ces primes, ce sont les actionnaires et eux seuls, car si d'autres qu'eux, et en particulier les porteurs de parts, avaient le droit de prendre part à leur partage, lorsque, au lieu d'être consommées, elles ont été mises en réserve, il en résulterait nécessairement la rupture de cet équilibre entre les actions anciennes et les actions nouvelles que les primes ont eu précisément pour but pratique d'assurer » (1).

La Cour de Cassation, en tranchant le différend soumis à sa censure, lui a donné une solution juste et équitable et elle a pris position pour l'avenir, écartant désormais toute difficulté sur ce point entre actionnaires et porteurs de parts.

Les primes d'émission ne rentrent certainement pas dans la notion de bénéfices distribuables et les porteurs de parts, sauf clause des statuts, ne peuvent prétendre à aucun droit sur ces primes.

(1) PILON, *op. cit.*, D. P. 1935.1.8.

CHAPITRE II

DROITS DES PORTEURS DE PARTS SUR LES RÉSERVES ET SUR LES BONI DE LIQUIDATION

C'est une question qui demande à être examinée avec d'autant plus de soin que toutes les difficultés entre actionnaires et porteurs de parts, au moment de la liquidation de la société, proviennent justement d'une erreur quant à la détermination exacte de cette notion de boni de liquidation : la doctrine et la jurisprudence font à tort rentrer dans la notion de boni de liquidation et la plus-value de l'actif social et les réserves accumulées au cours de la vie sociale et comptabilisées au passif du bilan : c'est pourquoi nous groupons ces deux questions dans un seul et même chapitre.

En premier lieu, il y a deux termes qu'il ne faut pas confondre : ce sont l'actif social et le capital social.

L'actif social comprend l'ensemble des valeurs figurant aux différents postes de l'actif du bilan : ce sont les immeubles, les meubles, le matériel, les fonds de commerce, les marchandises, les créances, etc...

C'est cet ensemble de biens, tant corporels qu'incorporels qui, au jour de la liquidation, est réalisé pour permettre à la société de faire face aux exigences du passif.

Quant au capital social, il figure à un des postes du passif du bilan ; il correspond aux apports effectués par les actionnaires et ne représente jamais qu'une portion de l'actif social.

Au passif, se trouvent différents postes qui sont, *grosso modo* : le capital social, les réserves et les différentes dettes contractées par la société.

L'actif social est destiné, en premier lieu, à amortir ce passif.

Or, le plus souvent, les divers éléments de l'actif sont portés au bilan pour une valeur très inférieure à leur valeur réelle et, lors de leur réalisation, ils peuvent atteindre une somme très supérieure à celle pour laquelle ils étaient inscrits à l'actif du bilan. Le boni de liquidation est justement l'excédent de l'actif réalisé sur le passif tel qu'il apparaît au bilan et comprenant le capital social, les réserves comptabilisées et les dettes.

Supposons un bilan dans lequel l'actif est estimé à 8.000.000, cet actif doit s'équilibrer avec le passif, au jour de la liquidation l'actif est réalisé pour 10.000.000, faisant apparaître une plus-value de 2.000.000. Ce sont ces deux millions qui constituent le boni de liquidation.

Nous voyons, tout de suite, que les réserves inscrites au passif ne rentrent pas dans ce boni de liquidation, puisqu'elles retrouvent leur équivalent dans les 8.000.000, destinés à faire face aux exigences du passif. Mais alors, se pose la question de savoir à qui appartient cette plus-value : aux actionnaires seuls, ou bien pour partie aux actionnaires et pour partie aux porteurs de parts ?

Sans aucun doute, en premier lieu, le produit de la liquidation doit être utilisé à régler le passif et à faire face aux charges sociales vis-à-vis des tiers.

C'est le liquidateur qui est chargé de toutes les opérations et, sous peine d'engager sa responsabilité, il ne doit procéder à aucune répartition entre les associés avant d'avoir assuré la complète extinction du passif à l'égard des créanciers.

D'ailleurs, à l'égard des associés eux-mêmes, c'est une sage précaution, car, à leur rencontre aussi, une répartition hâtive risquerait d'être dangereuse, les exposant à une action en rapport de la part des créanciers sociaux en raison des sommes qui auraient pu être indûment perçues par eux. Ce n'est qu'après cette première opération que le liquidateur devra procéder, à l'égard des actionnaires, au remboursement du capital social, opération dont les porteurs de parts sont exclus, n'ayant aucun droit à faire valoir sur le capital social, propriété exclusive des actionnaires.

Enfin, ce n'est qu'en dernier lieu que le liquidateur procédera au partage de la somme correspondant au montant des réserves figurant au passif du bilan. Cette somme ne vient jamais grossir le boni de liquidation qui fait l'objet d'un règlement de compte séparé et qui n'est attribué aux divers ayants droit qu'après l'extinction complète du passif.

Le boni de liquidation est donc la représentation exclusive des profits résultant de la liquidation proprement dite.

Il n'est pas douteux que le conflit qui oppose actionnaires et porteurs de parts, lors de la liquidation de la société, provient en grande partie de cette confusion entre la plus-value de l'actif social ou réserves occultes, et réserves inscrites au passif du bilan.

Beaucoup d'auteurs confondent ces deux comptes, liant le sort de l'un à celui de l'autre, ce qui, à notre avis, est une

erreur grave. En effet, si parfois il arrive que ces deux comptes subissent le même sort, parfois aussi ils subissent, au contraire, un sort totalement différent. C'est pourquoi vouloir les confondre en un seul et même règlement, c'est aboutir à une solution non seulement illogique mais encore dangereuse.

Nous allons examiner ensemble cette question. Nous commencerons par passer en revue les différentes théories émises à ce sujet, en tentant de fixer la ligne de démarcation entre ces deux comptes : réserves et boni de liquidation. Puis, nous tenterons de dégager les droits, auxquels les porteurs de parts peuvent prétendre, sur les réserves figurant au bilan. Enfin, nous verrons si les porteurs de parts ont, oui ou non des droits à exercer sur le boni de liquidation en concurrence avec les actionnaires.

SECTION I

Ligne de démarcation entre les deux notions : boni de liquidation et réserves

Théories doctrinales et jurisprudentielles

En général, la situation des porteurs de parts dans la société est déterminée par les statuts ou par les délibérations de l'assemblée générale extraordinaire portant création des parts.

Tout, en principe, serait donc très simple si, le plus souvent, les difficultés ne provenaient pas justement des stipulations statutaires elles-mêmes et de l'imprécision de leurs termes.

On rencontre plusieurs formules courantes de dispositions statutaires ; or, si certaines d'entre elles sont simples et non équivoques, d'autres, au contraire, sont la cause de tous les conflits qui opposent les actionnaires et les porteurs de

parts au sujet de la plus value de l'actif social ou boni de liquidation.

Voici ces différents types de stipulations :

1° Les statuts décident que les porteurs de parts n'auront droit qu'à une fraction des bénéfices annuellement distribués. Dans ce cas, aucune difficulté possible. Il est certain que les fondateurs ont entendu, par cette formule, limiter expressément les droits des parts bénéficiaires aux seuls bénéfices annuellement répartis sous forme de dividendes. Ils les excluent tacitement de toute participation aux bénéfices constatés lors de la réalisation de l'actif social ;

2° La situation est la même, quand les statuts stipulent que les parts bénéficiaires ne confèrent aucun droit de propriété sur l'actif social, mais seulement un droit sur les bénéfices annuels ;

3° En troisième lieu, les statuts peuvent spécifier que les parts de fondateur, en dehors du droit aux bénéfices annuels, confèrent un certain pourcentage sur les bénéfices de liquidation.

« Le produit net de la liquidation, après l'extinction du passif et le remboursement des actions, sera réparti tant % entre les actions, tant % entre les parts bénéficiaires » (1).

Cette formule ne laisse place à aucune équivoque. En effet, il est évident qu'en sus de leur droit aux dividendes annuellement répartis, les porteurs de parts participeront, dans les proportions fixées aux statuts, au partage du boni de liquidation.

4° Enfin, on rencontre encore assez couramment une quatrième formule qui n'est d'ailleurs pas sans danger :

(1) Formule type empruntée à M. LECOUTURIER, *Traité des parts de fondateur*, p. 292.

celle qui confère aux parts bénéficiaires une fraction déterminée des bénéfices sans plus de précisions.

Que faut-il entendre dans ce cas par *bénéfices* ? Comment interpréter cette disposition statutaire ? Autant de réponses variées qui viennent alimenter le conflit entre actionnaires et porteurs de parts.

Les auteurs sont loin d'être d'accord sur ce point. Certains d'entre eux estiment que le droit aux bénéfices comporte non seulement le droit aux bénéfices annuels, mais aussi le droit au boni de liquidation, englobant dans cette notion de boni de liquidation et la plus value de l'actif social et les réserves.

D'autres, au contraire, soutiennent que par *droit aux bénéfices*, il faut entendre uniquement la répartition des dividendes prévus par les statuts. Pour ces auteurs, si les statuts ne prévoient pas le sort du boni de liquidation, c'est parce qu'ils ont entendu en exclure tacitement les porteurs de parts ; mais, là aussi, il y a confusion entre plus value de l'actif social et réserves.

C'est cette dernière théorie que semble consacrer M. Ripert lorsqu'il déclare : « Quand les actionnaires ne distribuent pas de bénéfices et les mettent en réserves, ils augmentent l'actif social et ils retrouveront ces bénéfices plus tard sous la forme de réserves ; tandis que les porteurs de parts, qui ne touchent pas leur part de bénéfices, sont ainsi privés, par une décision de l'assemblée générale des actionnaires, de droits qu'ils croyaient toucher » (1).

Pour M. Ripert, c'est là le point crucial des conflits ; aussi ajoute-t-il quelques lignes plus loin : « Dans certaines sociétés, pour atténuer le conflit, on donne aux porteurs de parts certains droits sur l'actif social » (2).

(1 et 2) RIPERT, *Cours de Droit com.* 1936-1937.

Cette dernière déclaration, excessivement nette, nous autorise à affirmer que cet auteur juge que, dans le silence des statuts, les parts bénéficiaires ne confèrent à leur propriétaire qu'un simple droit à une portion des dividendes annuellement distribués. Pour que ce droit s'étende à l'actif social, il faudrait une stipulation expresse des statuts, en dehors de toute clause de ce genre, exclusion certaine des parts lors du partage de la plus value de l'actif. C'est la même idée que l'on retrouve chez M. Amiaud : « Lors de la liquidation de l'entreprise, écrit cet auteur, que cette liquidation soit effectuée à l'échéance normale du contrat de société ou à la suite d'une décision de dissolution anticipée, les réserves seront distribuées à tous les ayants droit à l'actif de liquidation concurremment à l'actif social avec lequel elles continueront à se confondre, aucune disposition particulière à cet égard ne sera nécessaire pour régler la destination qui devra être donnée aux réserves. Les principes que nous avons apportés sur le droit de propriété des sociétés, sur leurs réserves, font que ce ne sont pas les intéressés aux bénéfices dans la mesure où ils seraient venus, au cours des différents exercices, à la distribution éventuelle des valeurs retenues dans l'entreprise, mais les titulaires de droit sur l'actif de liquidation qui doivent seuls bénéficier de la plus value résultant de l'accroissement par les réserves de l'actif net de la société. Les ayants droit à l'actif de liquidation seront presque toujours les seuls actionnaires, mais les statuts peuvent incontestablement attribuer des droits concurrents aux porteurs de parts, aux administrations concédantes et même aux administrateurs » (1).

C'est évidemment là la conclusion logique des idées

(1) AMIAUD, *op. cit.*, p. 420.

développées par M. Amiaud dans son ouvrage *Les Comptes de Réserves* dans les sociétés par actions. En effet, pour cet auteur, les réserves, propriété exclusive des sociétés et non bénéfices capitalisés, viennent grossir l'actif social au profit des actionnaires seuls, car eux seuls ont droit à une part du fonds social. Sans doute, une clause statutaire peut accorder aux porteurs de parts un droit sur les réserves, mais ce droit ne peut jamais être qu'un droit statutaire et non pas un droit propre, puisque ces droits n'emportent qu'un droit aux bénéfices et que les réserves ne sont jamais assimilables à des bénéfices.

D'ailleurs, un peu plus loin, continuant de développer à fond son idée sur ce point, pour ne laisser subsister aucun doute dans l'esprit du lecteur sur sa manière de voir, ce même auteur ajoute que « si les statuts prévoient un certain nombre d'ayants droit à l'actif de liquidation, ils détermineront évidemment les modes de partage qui devront intervenir entre eux, mais, en l'absence de toute indication sur les ayants droit, il faudra reconnaître aux seuls actionnaires le pouvoir de participer au partage de l'actif de la société » (1).

Donc, pour M. Amiaud, dans le silence des statuts, seuls les actionnaires sont autorisés à venir au partage du boni de liquidation, alors, au contraire, que les porteurs de parts en sont formellement exclus. L'intransigeance de cet auteur résulte certainement du fait que M. Amiaud ne fait aucune distinction entre la plus-value de l'actif et des réserves, mêlant ces deux comptes et les soumettant au même sort.

C'est encore le même point de vue que l'on rencontre chez M. Lyon-Caen, quand il déclare : « Les parts de fon-

(1) AMIAUD, *op. cit.*, p. 420.

dateur constituent des droits exceptionnels ; elles ne peuvent voir leurs prérogatives élargies au-delà des seuls avantages qui leur sont formellement concédés par l'acte qui les a créées et leurs droits doivent être interprétés restrictivement. Il n'est pas possible, en particulier, si l'acte de création des parts ne fait mention que d'une participation sur les bénéfices annuels, de leur accorder la même participation sur le boni de liquidation, quand bien même ce boni procéderait de bénéfices réservés » (1).

Nous sommes d'accord avec M. Lyon-Caen sur un point, c'est que, sans aucun doute, si les statuts stipulent en faveur des porteurs de parts un simple droit aux bénéfices annuels, ceux-ci n'ont aucun droit sur le boni de liquidation (différence entre l'actif et le passif), mais ils ne sont pas exclus pour cela des bénéfices réservés et comptabilisés au passif : leur part sur ce point est indépendante de leur part sur le boni de liquidation.

Si, maintenant, nous examinons la deuxième thèse, nous constatons que la majorité de la doctrine estime que lorsqu'il a été stipulé que les porteurs de parts auront droit à une fraction déterminée des bénéfices de la société, ce droit porte, sauf convention contraire, non seulement sur les bénéfices nets distribués annuellement, mais aussi, sur le solde des bénéfices de liquidation après le remboursement du capital social et des réserves ; à l'appui de cette opinion, les auteurs font valoir des arguments convaincants.

Pour eux, les parts de fondateur donnent droit à une fraction sur les bénéfices sociaux : or, ils estiment que les bénéfices sociaux comprennent, non seulement les bénéfices

(1) LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, *Traité de Droit commercial*, t. II, *Les Sociétés*, p. 587, n° 561.4.

ces d'exploitation répartis annuellement entre les actionnaires et les porteurs de parts sous forme de dividendes, mais aussi le boni de liquidation composé d'un ensemble d'éléments constituant les bénéfices. C'est pourquoi, au jour de la dissolution, sauf stipulation contraire des statuts, les porteurs de parts doivent participer au partage de ces bénéfices. Les en priver serait les frustrer injustement d'une part à laquelle le plus souvent ils ont droit. « Cela est d'autant plus rationnel, déclare M. Cordonnier, que le plus souvent les parts de fondateur sont attribuées en représentation totale ou complémentaire d'un apport en nature, que cet apport a contribué à produire des bénéfices qui ont été mis partiellement en réserves et que ces réserves et plus-values sont incorporées au produit net de liquidation. Il est donc équitable que les porteurs de parts participent à la répartition du boni de liquidation avec les actionnaires ; aussi, doit-on considérer en droit que, lorsque la convention accorde aux porteurs de parts une quote-part des bénéfices sociaux, non seulement sur les bénéfices répartis annuellement, mais encore sur le boni de liquidation, il n'y a pas de raison pour limiter (sauf stipulation contraire) le droit des parts aux bénéfices annuels, ce qui serait arbitraire » (1).

M. Houpin, de son côté, se prononce très nettement en faveur du droit pour les porteurs de parts de participer au partage du boni de liquidation. « Lorsqu'il est stipulé, dit-il, que les parts de fondateur auront droit à une fraction déterminée des bénéfices de la société, cela doit s'entendre (sauf convention contraire) non seulement des bénéfices nets distribués annuellement, mais encore du complément

(1) CORDONNIER, *Journal des Sociétés* 1934, p. 641.

des bénéfices définitifs de la société (représentés notamment par les fonds de réserves et la plus-value de l'actif) résultant de la réalisation des biens composant le patrimoine social, après le remboursement du capital des actions ; ensuite, il pourrait être convenu que les porteurs de parts n'aurent droit qu'aux bénéfices annuels distribués au cours de la société et qu'ils ne participeront pas aux bénéfices provenant de la réalisation de l'actif (spécialement de la répartition du fonds de réserves) lors de la dissolution de la société, lequel actif appartiendra exclusivement aux seuls actionnaires » (1).

De ce qui précède, on peut conclure que, pour cet auteur, les droits des porteurs de parts « aux bénéfices » sous-entendent, non seulement le droit aux bénéfices annuels ou dividendes, mais aussi une participation aux bénéfices de liquidation englobant dans cette notion les fonds de réserves et la plus-value de l'actif. Pour priver les porteurs de parts de ce droit aux bénéfices de liquidation, il faudrait une clause expresse des statuts.

M. Copper Royer, à son tour, se prononce en faveur de la thèse du droit aux bénéfices de liquidation, même en cas de mutisme des statuts sur ce point. « Les bénéfices de liquidation, déclare-t-il, procèdent, ainsi que les dividendes annuellement répartis, d'une même nature. Les porteurs de parts, qui ont droit aux dividendes, doivent donc, en dehors de toutes stipulations expresses, avoir un droit équivalent aux réserves » (2).

Cette déclaration de M. Copper Royer nous aurait satisfaits pleinement si, au lieu du mot « réserves », il avait

(1) HOUPIN, *op. cit.*, 6^e éd., tome I, p. 555, n° 536.

(2) COPPER-ROYER, *Rev. sp. des Sociétés* 1938, p. 121.

employé les mots plus-value ou bien alors les mots « réserves occultes ».

Nous trouvons chez M. Copper Royer les arguments diamétralement opposés à ceux développés par M. Amiaud. En effet, alors que pour ce dernier auteur, les réserves diffèrent totalement des dividendes, n'ayant pas la même nature, au contraire pour M. Copper Royer les dividendes et les réserves ont exactement la même nature : ce sont des bénéfices ; la seule différence réside dans ce fait que les uns sont distribués alors que les autres sont capitalisées. Donc, ce ne peut être que par suite d'une stipulation expresse des statuts, que les ayants droit aux bénéfices peuvent être frustrés de leur droit aux réserves distribuées lors de la liquidation. Mais, là encore, ces arguments ne sont pas entièrement satisfaisants car ils pèchent par la base.

Et pourtant, c'est encore à cette même thèse que se rallie M. Rault, dans ce passage de son ouvrage sur les parts de fondateur, où il déclare que « Lorsque les statuts allouent aux porteurs de parts une fraction des bénéfices déterminés sans autre restriction, l'on considère généralement que le droit des porteurs de parts s'étend, non seulement aux bénéfices mis annuellement en distribution, mais encore aux bénéfices capitalisés, c'est-à-dire aux bénéfices mis en réserves et à la plus-value de l'actif social » (1).

Tous ces auteurs, partisans de la deuxième thèse, sont donc unanimes pour reconnaître que, lorsque les statuts spécifient nettement que les porteurs de parts ont droit « aux bénéfices annuels », ce droit ne s'entend bien que des dividendes annuellement mis en distribution, excluant tout droit au boni de liquidation. Mais, au contraire, lors-

(1) RAULT, *op. cit.*, p. 95.

que les statuts ne parlent que des « droits aux bénéfices », il faut faire rentrer dans cette expression, non seulement les bénéfices annuels ou dividendes, mais encore tous les bénéfices de liquidation, c'est-à-dire les bénéfices capitalisés au cours de la vie sociale et qui se retrouvent lors de la liquidation.

Si, maintenant, abandonnant le terrain doctrinal, nous cherchons des arguments dans la jurisprudence, nous la trouvons bien flottante. Aucune solution de principe : au contraire, quelques décisions assez divergentes, donnant au mot « bénéfices » un sens tantôt restrictif, tantôt, au contraire, extensif.

C'est ainsi que la Cour d'Appel de Besançon, dans un arrêt du 10 juillet 1933, paraît consacrer l'opinion extensive de MM. Houpin, Copper Royer, Cordonnier... « Considérant, déclare la Cour, que les bénéfices doivent s'entendre, non seulement des bénéfices distribués annuellement, mais aussi des sommes mises en réserves à la fin de chaque exercice et constituant les bénéfices accumulés, que le bonus de liquidation n'est pas autre chose que le bénéfice net accumulé et immobilisé dont les porteurs de parts ne sauraient être dépouillés en dehors d'une disposition formelle des statuts » (1). Là encore, pas de distinction très nette entre la plus-value et le fonds de réserves.

Du reste, si dans cette décision, la Cour de Besançon est très formelle, n'hésitant pas à assimiler les réserves accumulées au cours de la vie sociale à des bénéfices non distribués et sur lesquels les porteurs de parts peuvent venir exercer leur droit au moment de la liquidation, c'est loin d'être l'opinion unanime de la jurisprudence. En effet, nous trouvons, au contraire, d'autres décisions plus hési-

(1) Cour d'Appel de Besançon, 10 juil. 1933, D. H. 1933, p. 499.

tantes, se rapprochant de la thèse de MM. Ripert, Lyon-Caen, Amiaud.

C'est ainsi que la Cour d'Appel de Paris, dans un arrêt du 7 avril 1933, donc très peu antérieur en date à la décision de la Cour de Besançon, déclarait que : « Considérant que le porteur de parts a un droit de créance sur les bénéfices sociaux, mais que ce droit ne s'étend au partage du fonds social qu'autant que les statuts réservent expressément aux parts bénéficiaires un pourcentage sur le reliquat du capital ; que telle n'est pas la situation dans l'espèce, où aucune disposition des statuts ne leur avait attribué une participation quelconque aux avantages de la liquidation » (1).

La Cour de Cassation, saisie d'un pourvoi formé contre cette dernière décision de la Cour de Paris, allait se prononcer, consacrant l'une des deux théories. Or, la Cour suprême, par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 12 février 1936, rejetait ce pourvoi, sous le prétexte que c'est aux juges du fond qu'il appartient souverainement d'interpréter les conventions des parties et de décider si les porteurs de parts, ayant statutairement un droit au partage des bénéfices distribués annuellement, possèdent un droit équivalent au partage des bénéfices de liquidation. « Attendu, lit-on dans l'arrêt, qu'en l'état de ces constatations, déclarations, appréciations qui n'excèdent pas les pouvoirs du juge du fond et ne contiennent aucune contradiction, l'arrêt qui répond aux conclusions est légalement motivé et échappe à la censure de la Cour de Cassation » (2).

La Cour de Cassation, ici, n'a donc pas apporté de solution ; elle s'est contentée de rappeler le principe auquel

(1) Cour d'Appel de Paris, 7 avril 1933, *Journ. des Soc.* 1934, p. 661.

(2) C. Cass., Ch. Req., 12 fév. 1936, *Rev. sp. des Soc.* 1938, p. 246.

elle entend demeurer fidèle, c'est-à-dire son intention de rester hors de la question dès qu'il s'agit d'un contrat, lequel constitue la loi des parties, car, d'après la coutume qui s'est établie depuis que la Cour suprême a nettement fixé sa compétence, c'est aux juges du fond qu'il appartient d'interpréter les contrats. Il en résulte que la mauvaise interprétation des contrats par le juge ne tombe jamais sous le contrôle de la Cour de Cassation, sauf quand il apparaît ouvertement que l'arrêt attaqué a refusé d'appliquer une clause claire et précise du contrat ou bien a violé la loi ; c'est seulement la fidélité de la Cour de Cassation à cette compétence, qu'elle s'est assignée à elle-même, qui justifie cette décision de 1936 et nullement son acquiescement à une des deux théories. Pourtant, il n'est pas douteux que les partisans de la théorie que la Cour de Paris, dans son arrêt du 7 avril 1933, semble avoir consacrée, ne manqueront pas d'invoquer à l'appui de leurs arguments cette décision de la Cour de Cassation. Ils affirmeront avec d'autant plus de conviction que le droit au boni de liquidation n'est pas un droit propre des porteurs de parts, que les porteurs de ces titres ne peuvent prétendre à ce droit que quand les statuts le stipulent expressément, puisque la Cour de Cassation estime qu'il s'agit uniquement d'une question d'interprétation des termes du contrat et qu'elle a jugé que, dans ce cas soumis à sa censure, les juges du fond avaient strictement interprété la convention en refusant aux porteurs de parts de participer au boni de liquidation en dehors d'une clause expresse des statuts leur accordant ce droit. Or, si nous examinons bien tous les termes de l'arrêt de la Cour de Cassation, nous nous apercevons, en réalité, qu'elle consacre la même théorie que la Cour de Besançon. En effet, la Cour décide que « Attendu

que l'article 41 des statuts de la Société Générale des Matières Plastiques, société au capital de 4.000.000 de francs, divisé en 40.000 actions, prescrivait de distribuer, *chaque année*, aux 2.000 parts de fondateur dont la création était prévue, 25 % du solde des bénéfices nets établis après prélèvement du vingtième pour la réserve légale ». Si donc, dans l'espèce soumise à son jugement, la Cour de Cassation a reconnu que la Cour de Paris n'avait ni dénaturé les termes du contrat, ni violé la loi, c'est, non pas parce qu'elle a admis implicitement que le droit des parts de fondateur ne s'étend qu'aux bénéfices annuels, mais bien en réalité parce que les termes mêmes des statuts ne leur accordaient expressément que ce seul droit, les excluant ainsi tacitement de toute participation au boni de liquidation.

En fait, la Cour de Cassation ne consacre-t-elle pas tacitement la théorie que nous avons énoncée au début de ce chapitre : exclusion des porteurs de parts aux bénéfices de liquidation quand les statuts ne leur accordent expressément qu'un droit aux bénéfices annuels ? Si les solutions adoptées par ces deux arrêts semblent contradictoires, n'est-ce donc pas uniquement parce que les situations soumises à leur appréciation étaient totalement différentes : dans un cas, silence total des statuts, dans l'autre cas, « attribution *chaque année* de 25 % des bénéfices ». Alors, si nous essayons de résumer la solution, nous arrivons à cette conclusion : divergences d'opinions de part et d'autre, tant en doctrine qu'en jurisprudence. Comment peut-on justifier ce conflit ?

Pour notre part, nous croyons que toute l'origine de ce conflit vient de l'erreur commise à la base, c'est-à-dire de la confusion entre la plus-value et les réserves. C'est pourquoi il nous semble indispensable, pour pouvoir détermi-

ner exactement l'étendue des droits des porteurs de parts sur les bénéfices de liquidation, de remonter aux origines de ce conflit. Nous estimons, pour cela, qu'il faut distinguer très nettement la plus-value de l'actif social ou boni de liquidation (tel que nous l'avons défini au début de ce chapitre) d'une part, et les réserves d'autre part. Leur sort pourra sans doute être le même, mais ce sera un effet du hasard, car ce sont deux comptes totalement différents, obéissant à des règles également différentes.

SECTION II

Droits des porteurs de parts lors de la distribution des réserves

Ayant tracé la ligne de démarcation entre la plus-value et les réserves, il faut maintenant voir quels sont les droits respectifs des porteurs de parts et des actionnaires sur le fonds de réserves figurant au passif du bilan.

La solution dépend uniquement de la nature juridique reconnue à ces réserves.

Sont-ce des dividendes capitalisés, ou bien au contraire des produits sociaux, propriété exclusive de la société personne morale ?

Pour M. Amiaud, « les réserves se présentent finalement comme la somme des valeurs patrimoniales constituant un actif net pour la société, qui ne sont pas nécessaires pour assurer l'intégrité du capital social et qui n'en sont pas moins soustraites chaque année aux répartitions annuelles de bénéfices » (1).

Cet auteur, tout en reconnaissant que c'est au détriment des ayants droit aux bénéfices, que les réserves sont consti-

(1) AMIAUD, *op. cit.*, p. 15.

tuées, n'hésite pourtant pas à affirmer plus loin que les porteurs de parts n'ont aucun droit à faire valoir sur elles, lors de la liquidation de la société, quand il sera procédé à leur répartition.

A l'appui de sa thèse, M. Amiaud fait valoir que les réserves ne sont pas des bénéfices capitalisés, mais des biens propres de la société qui viennent alors grossir l'actif social « dont les titulaires, au jour de la liquidation, seront presque toujours les seuls actionnaires ».

Sur ce terrain, nous ne sommes pas d'accord avec M. Amiaud. Nous admettons sans doute la possibilité pour les sociétés de constituer des réserves autres que les réserves légales ou statutaires, c'est-à-dire des réserves extraordinaires, lorsque l'intérêt social exige la constitution d'un tel compte de réserves, mais nous n'allons pas jusqu'à prétendre que du seul fait de leur non-distribution, les bénéfices changent de nature, devenant la propriété personnelle de la société. En effet, nous l'avons déjà dit, la société, en principe, ne devrait pas procéder à une distribution de bénéfices annuels ; nous avons vu pourquoi on avait été obligé d'admettre cette distribution de dividendes annuels, nous n'y reviendrons donc pas ici.

Par contre, nous estimons que si la société doit se plier à cette distribution, du moins elle peut, dans une large mesure, réserver une certaine partie de ces dits bénéfices et, tant qu'ils ne sont pas distribués, ils ne sont pas encore la propriété des associés, actionnaires ou porteurs de parts ; ils ne deviennent leur propriété personnelle qu'au jour de la liquidation ou bien même plus tôt, si la société procède à leur distribution au cours de la vie sociale.

Sans doute, tant que ces bénéfices sont en réserves, c'est la société qui en est la propriétaire exclusive, c'est-à-dire

qu'elle seule peut les utiliser pour les besoins de son administration, dans le seul intérêt de la société, mais c'est un droit de propriété assez particulier qui disparaît au jour de la clôture de la liquidation pour passer immédiatement sur la tête des divers ayants droit à ces bénéfices ; et, d'ailleurs, la société ne peut pas abuser de ce droit de distribution des réserves, elle doit, dans une certaine mesure, respecter les droits des ayants droit aux bénéfices.

Mais quels sont les divers ayants droit qui peuvent se prévaloir de la propriété de ces comptes de réserves au jour de la liquidation ?

Il faut envisager trois cas :

1° Les réserves ont été constituées par un prélèvement annuel sur la part de dividendes revenant aux actionnaires seuls. Dans ce cas, aucune difficulté possible. Seuls les actionnaires auront le droit, lors de la dissolution de la société, de prélever sur les produits nets de la liquidation de l'actif une somme équivalente à celle figurant au passif du bilan, au poste des réserves. Puis ils se partageront cette somme entre eux.

2° Les réserves, au contraire, sont constituées par un prélèvement annuel sur la part de dividende revenant aux porteurs de parts seuls. Même solution que ci-dessus, au profit, non plus des actionnaires, mais des porteurs de parts.

3° Enfin les réserves, au contraire, sont constituées à l'aide d'un prélèvement sur les bénéfices nets annuels avant toute répartition tant au profit des actionnaires que des porteurs de parts. Dans ce cas, il nous semble logique de dire que les actionnaires et les porteurs de parts, au moment de la liquidation de l'actif, se partageront la somme figurant au passif, en se soumettant au mode de partage imposé

statutairement pour la répartition des dividendes. Ce droit des porteurs de parts et des actionnaires sur les réserves est indépendant de leur droit sur la plus-value de l'actif social. Seule, une stipulation statutaire pourrait priver les uns et les autres de cette participation dans les réserves.

C'est cette solution que M. Amiaud réfute sous le prétexte que les réserves sont la propriété de la société et qu'elles viennent grossir l'actif social sur lequel les porteurs de parts ne peuvent jamais exercer de droits. Nous avons dit, ci-dessus, ce qu'il fallait penser d'une telle solution ; nous jugeons donc inutile d'y revenir ici.

Or, il peut arriver qu'au cours de la vie sociale, la société soit amenée à utiliser les sommes ainsi mises en réserves sans attendre la liquidation pour les distribuer. D'ailleurs, c'est une opération à laquelle elle peut toujours recourir du moment que l'intérêt social l'exige, puisque ces comptes de réserves sont spécialement constitués dans ce but, c'est-à-dire assurer à la société des sommes disponibles pour faciliter et permettre en toutes circonstances la marche des affaires.

Mais si la société peut utiliser ces sommes dans l'intérêt social, elle ne doit jamais les détourner de ce but et les utiliser en fraude des droits des divers ayants droit à ces réserves, puisqu'elle n'est pas en réalité propriétaire de ces sommes, mais simplement dépositaire durant la vie sociale.

C'est ainsi que si la société, au cours de la vie sociale, décide de procéder à une répartition des réserves, elle peut le faire mais en respectant toujours les droits des divers propriétaires de ces réserves.

Or, si, durant la vie sociale, la société est amenée à utiliser ces réserves, du moins ce n'est pas toujours sans soulever certaines difficultés. Prenons un exemple.

Au cours de la vie sociale, la société décide le rachat des parts de fondateur. Cette opération est désavantageuse pour les parts, mais, depuis la loi de 1929, c'est une opération valable du moment que l'assemblée des porteurs de parts l'a approuvée à la majorité (art. 7). Mais où la difficulté se présente, c'est de savoir quelles ressources pourront être utilisées pour cette opération et c'est là l'origine d'un conflit fréquent entre actionnaires et porteurs de parts.

Quand le rachat est prévu par le pacte initial, une clause des statuts a fixé ce point de détail, mais, souvent aussi, les statuts se contentent seulement de prévoir le rachat en fixant son prix d'après des bases déterminées, mais sans spécifier quelles ressources seraient particulièrement affectées à l'opération.

Le rachat ne pourra certainement pas être payé à l'aide d'un prélèvement sur le capital social, car le capital servant de garantie aux créanciers, on ne peut en distraire une parcelle, si minime soit-elle, au profit des associés.

M. Ripert, comme M. Percerou, est d'avis que le rachat ne peut être opéré qu'à l'aide des réserves : et dans ce cas, il ne peut jamais s'agir des réserves légales, car le rachat est une opération contraire au rôle assigné par la loi à ce fonds de réserves. Il ne peut donc s'agir que des réserves facultatives. D'ailleurs, M. Ripert déclare à ce sujet : « Beaucoup de sociétés ont des réserves facultatives qui sont à la disposition des actionnaires et les actionnaires peuvent consacrer leurs réserves à racheter les parts de fondateur » (1).

Mais, sur ce point, nous ne sommes pas du tout d'accord avec M. Ripert. Nous avons déjà dit ci-dessus pourquoi nous n'admettions point sa théorie quant aux droits respec-

(1) RIPERT, *Cours de Dr. com.* 1936-1937.

tifs des actionnaires et des porteurs de parts sur les réserves, et nous avons essayé, alors, de démontrer à qui appartenaient ces réserves en raison même de leur nature. Nous avons vu que, selon les circonstances, elles sont soit la propriété exclusive des actionnaires, soit au contraire celle des porteurs de parts, mais que, le plus souvent, au fond, elles se trouvent appartenir à la fois à ces deux sortes d'associés.

Fidèle à ces principes exposés plus haut, nous concluons donc logiquement ici que quand le rachat est réalisé au moyen de réserves extraordinaires constituées par un prélèvement sur la part de dividendes des actionnaires seuls, aucune difficulté n'est possible : l'opération est valable et les porteurs de parts n'ont aucune objection à soulever.

Au contraire, si le rachat est réalisé au moyen de réserves extraordinaires constituées par un prélèvement annuel sur la totalité des dividendes, cette fois l'opération lèse, sans aucun doute, l'étendue des droits reconnus aux porteurs de parts, ce fonds de réserves extraordinaires n'ayant été constitué qu'au détriment de leur part de bénéfices.

Donc, si quelques années plus tard, la société décide de racheter ces parts en utilisant pour cette opération les réserves ainsi constituées, n'agit-elle pas frauduleusement à l'égard des propriétaires de ces titres ? Ne sont-ils pas frustrés volontairement d'avantages qu'ils étaient en droit d'exiger ? Comme le fait remarquer M. Vidal, « ceux-ci seraient remboursés du moins avec leur propre argent » (1).

C'était cette même idée qu'avait déjà exprimée M. Percerou dans une note sous un arrêt de 1901 : « Le prix de rachat était donc formé partiellement par des dividendes

(1) VIDAL, thèse, Paris, 1921, p. 63.

revenant aux parts de fondateur et dont elles se trouvaient indûment privées. Et comme, pour accentuer davantage encore le caractère suspect de la combinaison, la société prétendait faire servir ces bénéfices ainsi soustraits aux porteurs de parts à éteindre par voie de rachat ces parts elles-mêmes, c'était vouloir en quelque sorte payer son créancier avec l'argent de celui-ci » (1).

C'est pourquoi cette solution est inadmissible, et c'est avec beaucoup de précaution que la société doit décider une telle opération ; elle ne doit jamais disposer des réserves sans rechercher avec soin quels sont les divers ayants droit à ces réserves afin de ne pas risquer de les léser et d'encourir de leur part des récriminations.

SECTION III

Droits des porteurs de parts sur les boni de liquidation

Au fond, la solution de ce conflit, qui semble beaucoup plus compliqué qu'il ne l'est réellement, dépend uniquement de la détermination de la nature du boni de liquidation. Est-il ou non constitué par des bénéfices capitalisés ? Si oui, les porteurs de parts peuvent participer à son partage qui a lieu lors de la liquidation de la société, car la loi de 1929 a, sans aucun doute, reconnu aux porteurs de parts un droit sur *les bénéfices sociaux* sans distinction. Au contraire, si la plus-value n'est pas un bénéfice capitalisé, il est alors évident que les porteurs de parts n'ont aucun droit à exercer sur elle, sauf quand une stipulation des statuts leur accorde expressément un certain pourcentage dans le boni de liquidation. Nous avons dit que la plus-value est la différence entre l'actif et le passif, différence qui ne trouve

(1) PERCELOU, D. P. 1902.2.7.

pas son équivalent à un poste quelconque du bilan. A qui appartient-elle alors ? C'est là le point délicat, origine du conflit.

Les divergences d'opinion sur ce terrain découlent toutes d'une confusion dans l'esprit des auteurs sur le sens exact du mot *bénéfices*. Nous avons défini cette notion dans notre titre préliminaire (v. *supra* p. 32). Nous avons dit que par *bénéfices sociaux*, il fallait entendre le bénéfice net réalisé par la société pendant tout le cours de son exploitation et ne pouvant être connu qu'à la clôture de l'entreprise lors de sa liquidation. Nous avons dit alors que si on interprétait au sens strict le contrat de société, c'est seulement au moment de la liquidation de l'actif social que la société serait en droit de distribuer les bénéfices que révélerait le bilan de liquidation ; mais, nous avons expliqué aussi comment, par la force des choses et pour satisfaire aux desiderata des associés, on a été amené à autoriser une répartition annuelle de bénéfices, c'est-à-dire de la somme qui représente à chaque inventaire annuel l'excédent de l'actif net sur le capital. Mais, malgré cette apparence, dans la rigueur des principes, les véritables bénéfices sont ceux que l'on constate à la liquidation de la société. Il s'en suit donc que les créanciers d'une quote-part de bénéfices ont, sauf stipulation contraire des statuts, un droit certain sur les bénéfices de liquidation.

Donc, priver sans raison sérieuse les porteurs de parts de toute participation aux bénéfices de liquidation, n'est-ce pas leur causer un préjudice sérieux ? Selon nous, cela ne fait aucun doute. En effet, quel était le but visé par les créateurs de parts bénéficiaires ? Rémunérer d'une façon équitable et pratique (surtout pour une société en formation ou bien pour une société en période de crise) des apports

qui ne pouvaient être rémunérés par la remise d'actions, ces apports étant difficilement appréciables pécuniairement. L'attribution de parts bénéficiaires évite une sortie de fonds susceptible de grever sérieusement l'actif social.

Mais, malgré cette nature un peu spéciale, il est certain que la société a bénéficié d'un apport — quel qu'il soit — en échange duquel elle a remis à l'apporteur un titre appelé part de fondateur. Pourquoi seul l'apport en numéraire, représenté par des actions, jouirait-il d'une situation de faveur ? Pourquoi, en un mot, seuls les actionnaires auraient-ils le droit de venir au partage du boni de liquidation ? Cette solution semble totalement dépourvue d'équité ! Se rallier à cette théorie, n'est-ce pas sûrement et de plein gré, en dehors de tout esprit de justice, sacrifier les parts au profit des actions ?

Ce qu'il faut, c'est dégager l'étendue exacte des droits des porteurs de parts sur les bénéfices. Dans la loi de 1929, le législateur est resté prudemment sur ses gardes. Il n'a pas jugé nécessaire de donner une énumération exacte des droits des porteurs de parts. Il s'est contenté de définir la part de fondateur comme « un droit de créance dans les bénéfices sociaux », et rien de plus.

Les partisans de la théorie restrictive n'ont pas manqué de tirer argument de ce silence de la loi en faveur de leur opinion. Mais à notre tour, examinons la loi et voyons si ce silence ne milite pas en faveur de notre thèse extensive corroborant nos arguments.

Cette loi déclare que les parts de fondateur sont en dehors du capital social. Nous sommes tout à fait d'accord sur ce point, nous n'avons jamais prétendu reconnaître un droit de cette nature aux porteurs de parts. Nous partageons complètement ici les idées de M. Houpin : « Les

parts de fondateur ne peuvent concourir au partage de l'actif représentatif du capital social ; c'est ce qui les différencie principalement des actions » (1).

Mais quel sera le sort de l'actif après le remboursement du capital social et des réserves comptabilisées au passif du bilan ? Pour nous, la question ne souffre aucune difficulté : les porteurs de parts viennent au partage de la plus value de l'actif en concurrence avec les actionnaires, soit que ce droit leur soit expressément octroyé par les statuts fixant le pourcentage revenant à chaque sorte de titre, soit que ce droit découle de la loi elle-même. Ce boni de liquidation constitue certainement dans l'esprit du législateur un bénéfice auquel les porteurs de parts peuvent prétendre au même titre que les actionnaires, sauf stipulation contraire des statuts ; et les en priver volontairement en dehors de toute clause statutaire, c'est agir arbitrairement, les frustrant volontairement d'une partie importante des avantages qu'ils tiennent de la loi elle-même.

C'est là, semble-t-il, l'opinion consacrée par M. Percerou quand il déclare : « Du moment que les parts ont droit à une fraction du bénéfice annuel, il est naturel de leur allouer la même fraction dans les bénéfices de liquidation » (2).

D'ailleurs, M. Percerou, après s'être prononcé si nettement en faveur des porteurs de parts, admet la possibilité d'introduire dans les statuts des stipulations privant les porteurs de parts de tout droit dans les bénéfices de liquidation, mais s'il reconnaît la validité de telles clauses, il en déplore la présence, car il estime qu'elles ne peuvent

(1) HOUPIN, t. I, p. 553, n° 534.

(2) PERCEROU, *Cours de Dr. com.* 1935-1936.

être que des sources de difficultés entre actionnaires et porteurs de parts, privant ces derniers de droits qu'ils tiennent de la loi elle-même et découlant de la nature même de leur titre ; c'est à notre avis la seule solution logique et admissible.

En réalité, l'attitude des actionnaires à l'égard des porteurs de parts est aisément justiciable. Il est naturel pour les actionnaires de refuser aux porteurs de parts le droit de venir au partage du boni de liquidation en concours avec eux et cela dans leur intérêt personnel.

Mais comment peut-on expliquer l'attitude doctrinale et même l'attitude jurisprudentielle dans certains cas ? C'est plus délicat. Il semble bien qu'on ne puisse les expliquer qu'en vertu d'une certaine défaveur manifestée par le public en général et les capitalistes, gros actionnaires, en particulier, à l'égard des porteurs de parts bénéficiaires, ces parasites qui jouissent de droits exorbitants en dehors de tout apport évaluable pécuniairement et d'une façon tangible, droits prélevés au détriment du capital social.

Les parts de fondateur, dans l'esprit de beaucoup d'actionnaires, servent uniquement à dépouiller les actionnaires d'une portion de leur droit au profit de certains personnages influents, ayant joué un rôle lors de la fondation de la société.

S'il y a une part de vérité dans ce point de vue, ce n'est pourtant pas là uniquement le rôle des parts de fondateur. C'est cependant cet état d'esprit qui explique en grande partie pourquoi la jurisprudence, dans certains cas, a tenté de donner un sens restrictif au mot *bénéfices*, espérant réduire de la sorte les droits devenus exorbitants des parts de fondateur dans certaines sociétés.

Mais se rallier à cette opinion serait aller à l'encontre

de tout principe d'équité. Seuls, les statuts nettement et clairement rédigés, allouant aux parts une simple participation aux seuls bénéfices annuels ou bien les excluant de toute participation au boni de liquidation, peuvent les priver de cette prérogative à laquelle, dans le silence des statuts, ils sont certainement en droit de prétendre. Pour priver les porteurs de parts de cette prérogative, il faudrait un texte législatif limitant expressément et strictement leurs droits. C'est pourquoi l'intervention du législateur sur ce point serait souhaitable, elle achèverait ainsi l'essai de réglementation tenté au début du siècle, mais qui fut détourné de son but pour aboutir à cette loi de 1929, loi qui fut alors incomplète laissant encore subsister un grand nombre d'incertitudes. Si le législateur intervenait, il devrait alors délimiter l'étendue des droits des porteurs de parts, ce qui mettrait fin, alors, aux interprétations variées en cas de statuts muets, imprécis et incomplets.

Nous ne pouvons nous empêcher de terminer ce chapitre sans conclure que sur ce terrain du droit aux bénéfices lors de la liquidation de la société, les occasions de conflits pourraient être considérablement réduites si on acceptait d'envisager les difficultés soulevées sans parti pris et avec équité.

En effet, tout le mal vient de cette erreur à la base, erreur consistant dans la confusion soit volontaire, soit involontaire de ces deux comptes : plus value de l'actif social et réserves figurant au passif. Or, dans la réalité, ces deux comptes sont nettement différents et doivent obéir à des règles également différentes. Nous avons exposé en toute impartialité la solution que nous estimions la plus logique et la plus rationnelle.

Nous sommes persuadés que, sur ce terrain, il faut

avant tout s'inspirer de l'idée fondamentale qui a présidé à la création des parts et chercher si, dans la loi de 1929, on ne trouve pas la solution à cette question. Or, si on n'y trouve pas un article net et précis résolvant le problème, du moins il nous semble que l'article 1^{er}, § 2, peut s'appliquer utilement à l'occasion.

On ne saurait jamais assez recommander aux rédacteurs des statuts d'apporter le plus grand soin à ce travail, en évitant autant que possible d'y introduire des stipulations équivoques toujours dangereuses, car, par l'incertitude qu'elles engendrent, elles donnent libre cours aux interprétations variées, source de tous les conflits.

CONCLUSION

Nous voici arrivés au terme de cette étude. Or, une critique lui sera peut-être adressée : c'est celle d'avoir passé sous silence un grand nombre de questions qui sont, sans aucun doute, à l'origine de difficultés inévitables entre la société et les porteurs de parts, telles par exemple les questions concernant les droits des porteurs de parts en cas soit de dissolution anticipée de la société, soit au contraire de prorogation de la vie sociale, ou bien encore celles concernant la conversion des parts en actions.

Nous nous excusons de ce silence, volontaire d'ailleurs, car il nous a paru que ces questions débordaient le cadre de notre sujet, puisque ce que nous désirions c'était, en fait, tenter en toute impartialité de dégager l'étendue des droits des porteurs de parts sur les bénéfices réalisés par la société, bénéfices faisant l'objet soit d'une distribution au cours de la vie sociale même entre les divers ayants droit, soit au contraire d'une accumulation sous forme de réserves occultes pour n'être répartis, le plus souvent, qu'à la liquidation de l'entreprise.

Au cours de cette étude, nous avons établi un premier point : c'est que les parts de fondateur, titres uniquement nés des besoins de la pratique, connurent très rapidement un gros succès, car ils étaient, par leur nature et l'ensemble

de leurs caractères, susceptibles de rendre d'inappréciables services à des sociétés en formation, d'où dès leur origine l'appellation sous laquelle on prit l'habitude de les désigner : *parts de fondateur*. Mais — et c'est là que valent alors les objections des adversaires des parts de fondateur — peu à peu ces titres furent détournés de leur destination primitive, rémunération des fondateurs, pour être distribués, et parfois même seulement créés, au long de la vie sociale : ils étaient alors remis à des individus n'ayant le plus souvent rendu aucun service à la société, tels que des administrateurs ou de gros actionnaires. Ces titres revêtaient alors le caractère d'une prime, donnant droit à un tant pour cent sur les bénéfices, d'où la seconde appellation sous laquelle on prit l'habitude de les désigner : *parts bénéficiaires*, c'est-à-dire participation aux bénéfices.

Les abus qui furent faits de ces distributions justifient en partie l'hostilité des actionnaires à l'égard de ces titres, mais pourtant nous n'allons pas jusqu'à dire qu'ils justifient totalement l'attitude de ces associés dans toutes leurs revendications à l'encontre des droits des parts.

En effet, comme nous l'avons établi, le conflit entre actionnaires et porteurs de parts a pour origine l'opposition d'intérêts inhérents à la nature même de ces titres : les porteurs de parts, c'est un fait établi, sans aucune obligation de satisfaire à un apport en numéraires, jouissent de droits plus ou moins étendus, selon les statuts, sur les bénéfices réalisés par l'entreprise, dépouillant de la sorte les actionnaires d'une portion des bénéfices dont la totalité leur serait revenue sans la présence de ces titres dans la société.

Il ressort, de l'ensemble des développements ultérieurs, que si les parts de fondateur sont parfois une gêne pour

la société, du moins la société doit les respecter quand elle en possède, car leurs droits correspondent en principe à des services rendus, et la société ne doit pas impunément violer par un acte unilatéral le contrat qui la lie aux titulaires de ces titres.

Avant tout, si on examine la situation sans parti pris et avec la ferme intention de rester dans les limites d'une très stricte équité, il faut en premier lieu s'en remettre aux stipulations des statuts sans chercher ni à minimiser la portée de leurs termes au profit des droits des actionnaires, ni non plus à déformer la pensée des rédacteurs, et cette fois en faveur des porteurs de parts.

Enfin, en cas de silence de ces statuts ou bien d'imprécision ou d'obscurité dans leur rédaction, c'est aux principes généraux du droit, à la loi du 23 janvier 1929 et aux précédents jurisprudentiels qu'il faut faire appel pour déterminer l'étendue exacte des prérogatives attachées à ces titres.

Or, la loi du 23 janvier 1929 déclare très nettement qu'il peut être attribué aux porteurs de parts, à titre de créance éventuelle, un droit fixe ou proportionnel dans les bénéfices sociaux. La loi a négligé de déterminer ce qu'il faut exactement entendre ici par *bénéfices sociaux* ; aussi, au lendemain même de la promulgation de cette loi, les adversaires des porteurs de parts ont-ils tenté d'établir que le seul droit reconnu par la loi aux porteurs de parts était un droit sur les dividendes, c'est-à-dire un droit sur les bénéfices distribués au cours de la vie sociale. Les actionnaires ont profité de la sécheresse de rédaction de la loi et de son imprécision pour prétendre que les porteurs de parts n'avaient de droit que sur les bénéfices annuels, distribués à la clôture de chaque exercice, et non pas sur

la totalité des bénéfices réalisés par la société dans tout le cours de son existence.

De leur côté, au contraire, les porteurs de parts ont cherché à élargir la notion de bénéfices ; c'est ainsi qu'ils ont prétendu que sont des bénéfices, au partage desquels ils ont droit, des produits de la société qui n'ont certainement pas la nature de bénéfices, telles par exemple les sommes provenant des primes d'émission.

Et c'est là le point de départ de tous les différends qui opposent actionnaires et porteurs de parts, différends si fréquents qu'ils risquent de devenir un élément de trouble dans toutes les entreprises possédant des parts de fondateur. Et c'est ce qui explique pourquoi les parts de fondateur jouissent d'une réputation assez défavorable dans les milieux économiques et commerciaux car, par leurs revendications, justifiées ou non, mais sans cesse renouvelées, les porteurs de parts risquent de nuire à la marche normale de l'entreprise.

Le législateur, pour remédier aux inconvénients d'actions individuelles intentées par chaque porteur de parts en cas de difficultés avec la société, a rendu obligatoire la formation d'une assemblée de porteurs de parts où la majorité ferait la loi ; mais, en principe, si l'union fait la force, on ne voit pas l'application de cette maxime en la circonstance. Et cela, parce que le législateur n'a pas pris le soin d'interdire l'accès de ces assemblées aux porteurs de parts, en même temps actionnaires ; d'où, par suite, les décisions émanant de ces assemblées peuvent-elles être suspectées de partialité quand elles sont nettement contraires aux intérêts des parts de fondateur.

D'autre part aussi, la présence de parts de fondateur dans une société est une gêne, certaines modifications n'étant

valables que si les porteurs de parts y ont acquiescé à la majorité au cours d'une délibération de leur assemblée : c'est ainsi, par exemple que si, dans l'intérêt social, la société, jugeant urgent de réduire le montant des droits aux bénéfices, demande aux porteurs de parts de consentir à cette réduction et si ces derniers s'y opposent, la société ne peut pas les y contraindre. Elle a alors le choix entre deux partis : ou bien s'incliner devant cette décision, maintenant le statu quo antérieur et courant le risque de tenter la poursuite des affaires dans de semblables conditions ; ou bien recourir à une mesure radicale, décider la dissolution anticipée de la société : mais cette dernière mesure se retourne contre les porteurs de parts eux-mêmes, car le plus souvent la société ainsi dissoute se reconstitue en une nouvelle société d'où elle exclut les parts de fondateur, ou bien dans laquelle elle les maintient, mais en leur imposant un nouveau régime plus dur pour leurs propriétaires que le régime antérieur.

Devant tous ces dangers résultant de la présence dans une société de parts de fondateur, certains auteurs et de nombreux actionnaires jaloux de ces titres, jouissant de la prospérité sociale sans supporter en contre-partie les risques inhérents à toute entreprise commerciale, ne proposent rien moins que leur suppression pure et simple. Ils estiment que ces titres sont des parasites destinés à détourner de leur affectation normale les bénéfices réalisés par une société, et cela aux dépens des actionnaires seuls.

Pour notre part, nous nous refusons à cette suppression radicale de ces titres. Sans doute il y a, et surtout il y a eu, des abus dans la création et la distribution des parts de fondateur, mais malgré tout nous estimons qu'il y a là une forme de titres qui, par leur nature même, peuvent

rendre d'inappréciables services à certaines sociétés, services qu'aucune autre sorte de titres ne pourrait rendre.

On a prétendu aussi que les parts de fondateur étaient des titres d'institution désuète tendant à disparaître peu à peu du droit des sociétés.

Or, s'il y a là une part de vérité, il y a surtout, à notre avis, une faute de raisonnement.

En effet, le succès originaire des parts de fondateur était dû en partie à leur nouveauté et en partie aussi à leur libre négociabilité. C'est pourquoi le public s'éprit de ces titres nouveaux, mais il s'en lassa vite, comme un enfant se lasse d'un jouet, surtout lorsque la loi du 31 mars 1927 les soumit, comme l'action, à l'innégociabilité biennale.

C'est pourquoi maintenant, revenues à la normale, les parts de fondateur semblent tomber en disgrâce, mais en réalité ce n'est qu'une apparence.

Nous estimons donc que ces titres doivent être maintenus en raison même des services qu'ils sont appelés à rendre, permettant de rémunérer les apports qui ne peuvent l'être autrement.

D'ailleurs, comme nous l'avons dit, les intérêts des actionnaires et des porteurs de parts sont très proches : au fond, entre ces deux sortes d'associés, il y a communauté d'intérêts et de risques. Les auteurs sont de plus en plus nombreux à admettre que désormais avec l'évolution de la vie économique « la société anonyme moderne n'a rien de comparable avec la société anonyme de 1850 » (1). Aussi les intérêts de l'actionnaire se différencient-ils de ceux de la société, personne morale, institution, d'où par suite ils peuvent être en opposition.

(1) LACHMANN, *op. cit.*, p. 14.

L'intérêt de l'actionnaire s'écartant de l'intérêt de la société se rapproche en quelque sorte de l'intérêt du porteur de parts: d'où, en définitive, ces deux sortes d'associés ont une situation assez commune, c'est pourquoi en luttant les uns contre les autres, souvent c'est contre eux-mêmes qu'ils luttent faisant le jeu de la société représentée par quelques gros actionnaires administrateurs. Mais aussi dans la majorité des cas, l'un comme l'autre ont-ils intérêt à faire quelques sacrifices au sujet de leurs intérêts individuels pour sauvegarder l'intérêt social auquel leurs intérêts individuels sont intimement liés. C'est ainsi que lorsqu'il s'agit de la constitution des réserves « les uns comme les autres ont plutôt intérêt à la prospérité durable de la société qu'intérêt aux distributions périodiques de gros bénéfices. Si l'accroissement de la masse de liquidation qui résulte nécessairement d'une accumulation des réserves n'est pas d'un grand intérêt pour eux, ils bénéficient certainement de la distribution de dividendes stables et réguliers, rendue possible dans les années difficiles mêmes, par la création de réserves » (1).

En définitive, les parts de fondateur tiennent dans les sociétés commerciales une place qu'on ne peut leur dénier.

En second lieu, ce sont en général les statuts qui fixent l'étendue de leurs droits, mais en cas de silence des statuts, il est certain qu'en vertu de la loi du 23 janvier 1929, leurs droits s'étendent non seulement aux dividendes annuels, mais aussi aux bénéfices accumulés au cours de la vie sociale et seulement distribués au moment de la liquidation. Dans certains cas, elles ont droit aux réserves comptabilisées au bilan alors qu'au contraire elles n'ont jamais droit aux sommes provenant des primes d'émission.

(1) LACHMANN, *op. cit.*, p. 82.

Enfin, supprimer les parts de fondateur, ce serait en fait supprimer des titres rendant d'incontestables services aux sociétés, notamment aux sociétés en formation, du fait même de leur extrême souplesse et de leur malléabilité qui permet de les utiliser à des fins multiples. Quand ces valeurs furent créées, elles répondaient à un besoin qui existe toujours, mais le demi-siècle qui s'est écoulé depuis leur apparition a permis de constater que si elles étaient devenues nécessaires, du moins il ne fallait pas en faire un usage abusif en les multipliant, car alors au lieu de rendre service à la société, elles risquent de devenir une gêne et un obstacle, cause de conflits inévitables.

Ce qui importe alors dans ce cas, c'est de faire confiance aux tribunaux chargés de résoudre ces conflits. En général, ils tentent de concilier les intérêts de la société, institution, avec les intérêts particuliers des porteurs de parts et des actionnaires. Mais on ne peut s'empêcher de constater que là où l'intérêt social est en opposition avec les intérêts particuliers, les tribunaux n'hésitent pas à sacrifier les intérêts particuliers à l'intérêt plus général, en définitive pour le bien commun. Et ainsi ils ne font qu'accomplir la mission qui leur est confiée.

VU : *Le Doyen,*
C. RIPERT.

VU : *Le Président,*
M. PICARD.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,
G. ROUSSY.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages et articles de doctrine

- AMIAUD (A.). — *Des comptes de réserves dans les Sociétés par actions*, 2^e éd., Paris, 1920.
- BLANCHENAY (H.). — *Les comptes de pertes et profits et la répartition des bénéfices dans les Sociétés*. Thèse, Paris, 1935.
- CAPITANT. — *De la cause*. Paris, 1923.
- COPPER ROYER. — *Traité des Sociétés anonymes*. Paris, 1931.
- *Fusion des Sociétés et actions des porteurs de parts*. *Revue spéciale des Sociétés*, 1938.
- CORDONNIER (P.). — *Loi du 23 janvier 1929 sur les parts bénéficiaires*. *Journal des Sociétés*, 1929.
- *Des droits des parts de fondateur en cas de dissolution et de fusion de Sociétés*. *Journal des Sociétés*, 1934.
- DALSACE. — *Notion de bénéfices*. *Revue des Sociétés*, 1937.
- DECUGIS. — *Traité juridique des Sociétés par actions*. Paris, 1925.
- DU GARREAU DE LA MECHENIE. — *Les droits propres de l'actionnaire*. Thèse, Paris, 1937.
- GAIN (R.). — *Commentaire de la loi de 1929*. *Dalloz Périodique*, 1929.
- HAMEL (J.). — *Observation sur les parts de fondateur* (A

- propos de la proposition de loi Chastenet-Coignet).
Annales de Droit Commercial, 1924.
- HOUPIN et BOSVIEUX. — *Traité des Sociétés*, 6^e éd., Paris, 1929.
- *Traité des Sociétés*, 7^e éd., Paris, 1935.
- HOUPIN. — *Parts de fondateur. Intérêt des actions. Convention de répartition de l'actif entre les parts et les actions. Question de validité*. *Journal des Sociétés*, 1898.
- *Du caractère et de l'affectation de la prime d'émission d'actions*. *Journal des Sociétés*, 1915.
- *Des conséquences et des modalités de la réduction de capital par suite de pertes*. *Journal des Sociétés*, 1923.
- LACHMANN. — *De la transformation de la Société anonyme et de ses effets sur son organisation intérieure*. Thèse, Grenoble, 1936.
- LACOUR et BOUTERON. — *Précis de Droit commercial*, 1935.
- LECOUTURIER. — *Les parts de fondateur*. Paris, 1903.
- *De la répartition des bénéfices aux actionnaires et aux porteurs de parts de fondateur*. *Journal des Sociétés*, 1902.
- LYON-CAEN. — *De l'émission d'actions au-dessus du pair (ou à primes)*. *Revue des Sociétés*, 1909.
- LYON-CAEN (C.), RENAULT et AMIAUD (A.). — *Traité de Droit commercial*, 5^e éd., Paris, 1929, t. II.
- MARIN. — *Loi du 23 janvier 1929 sur les parts de fondateur*. *Annales de Droit commercial*, 1929.
- PERCEROU. — *Cours de Droit commercial (licence)*, 1935-36.
- *Des Fondateurs de Sociétés anonymes*. Thèse, Dijon, 1896.
- RAULT. — *Traité théorique et pratique des parts de fonda-*

teur et des groupements de porteurs de parts de fondateur. Paris, 1930.

RIPERT (G.). — *Cours de Droit commercial* (licence), 1936-1937.

THALLER et PERCEROU. — *Traité élémentaire de Droit commercial*, 8^e éd., Paris, 1931.

THALLER et PIC. — *Traité des Sociétés commerciales*, 1925.

VANDAMME (M^{lle}). — *Les parts de fondateur viennent-elles au partage de la prime d'émission ? Annales de Droit commercial*, 1929.

VIDAL (Pierre). — *Les rapports des actionnaires et des porteurs de parts de fondateur dans les Sociétés anonymes.* Thèse, Paris, 1921.

WAHL (A.). — *Précis de Droit commercial.* Paris, 1922.

— *Les parts de fondateur.* Paris, 1897.

— *Traité des titres au porteur.* Paris, 1891.

— *Les parts de fondateur d'après la loi et la jurisprudence françaises.* Studi... Vivante, 1931, t. II.

Périodiques et Revues

Annales de Droit commercial.

Gazette du Palais.

Gazette des Tribunaux.

Journal des Sociétés civiles et commerciales.

Recueil général des lois et arrêts Sirey.

Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz.

Recueil périodique et critique Dalloz.

Revue spéciale de doctrine et de jurisprudence concernant les Sociétés.

Revue des Sociétés.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	5
--------------------	---

TITRE PRELIMINAIRE

Principes généraux	11
--------------------------	----

CHAPITRE PREMIER. — HISTORIQUE	11
--------------------------------------	----

CHAPITRE II. — DÉFINITION ET NATURE JURIDIQUE DE LA PART DE FONDATEUR	16
--	----

CHAPITRE III. — NOTION DE BÉNÉFICE	32
--	----

CHAPITRE IV. — VUE D'ENSEMBLE DES RAPPORTS ENTRE PORTEURS DE PARTS ET ACTIONNAIRES AU SEIN DE LA SOCIÉTÉ	41
--	----

TITRE PREMIER

Les droits des porteurs de parts sur les bénéfices annuels	52
--	----

CHAPITRE PREMIER. — DÉTERMINATION STATU- TAIRE DES DROITS DES PORTEURS DE PARTS	60
--	----

CHAPITRE II. — ÉTABLISSEMENT DES COMPTES	76
--	----

CHAPITRE III. — FIXATION DES AMORTISSEMENTS ...	86
---	----

SECTION I. — <i>Amortissement des actions</i>	86
---	----

SECTION II. — <i>Amortissements industriels</i>	89
CHAPITRE IV. — LA CONSTITUTION DES RÉSERVES ..	98
SECTION I. — <i>Situation avant la loi de 1929</i>	105
SECTION II. — <i>Influence de la loi de 1929</i>	119
CHAPITRE V. — DROITS DES PORTEURS DE PARTS EN CAS D'AUGMENTATION OU DE RÉDUCTION DU CAPI- TAL SOCIAL	127
SECTION I. — <i>Augmentation du capital social</i> ...	128
SECTION II. — <i>Réduction du capital social</i>	137
CHAPITRE VI. — LA MODIFICATION DES DROITS DES PORTEURS DE PARTS PAR DÉCISION DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES PORTEURS DE PARTS	148
SECTION I. — <i>Situation avant la loi de 1929</i>	150
SECTION II. — <i>Influence de la loi de 1929</i>	154

TITRE DEUXIÈME

Droits des porteurs de parts sur les primes d'émission, sur les réserves et les boni de liquidation	167
CHAPITRE PREMIER. — DROITS DES PORTEURS DE PARTS SUR LES PRIMES D'ÉMISSION	169
CHAPITRE II. — DROITS DES PORTEURS DE PARTS SUR LES RÉSERVES ET SUR LES BONI DE LIQUIDATION ..	184
SECTION I. — <i>Ligne de démarcation entre ces deux notions : boni de liquidation et réserves. Théo- ries doctrinales et jurisprudentielles</i>	187

TABLE DES MATIÈRES

	227
SECTION II. — <i>Droits des porteurs de parts lors de la distribution des réserves</i>	200
SECTION III. — <i>Droits des porteurs de parts sur les boni de liquidation</i>	206
CONCLUSION	213
BIBLIOGRAPHIE	221

